ESTUDOS EM HOMENAGEM A

SÉRGIO JACOMINO

ORGANIZADORES:
ALFONSO CANDAU
IVAN JACOPETTI DO LAGO
MADALENA TEIXEIRA
MARGARIDA COSTA ANDRADE
MÓNICA JARDIM
RAFAEL VALE E REIS

GESTLEGAL

ESTUDOS EM HOMENAGEM A SÉRGIO JACOMINO

COLEÇÃO
HOMENAGEM

•

1

ESTUDOS EM HOMENAGEM A SÉRGIO JACOMINO

Autores:
AA. VV.

1.ª edição, abril 2022

•

Editor:
GESTLEGAL
Rua Bc. do Fanado, n.º 3, 1.º dto.
3000-166 Coimbra
+351 239 053 838
editora@gestlegal.pt
www.gestlegal.pt

•

Design editorial:
José Soler

Revisão:
Gestlegal

Impressão:
Artipol, Lda

•

ISBN: 978-989-8951-96-0
Depósito Legal: 498677/22

•

Os dados e as opiniões inseridos
na presente publicação são da exclusiva responsabilidade
do(s) seu(s) autor(es).

A reprodução ou cópia, por qualquer meio,
em parte ou no todo, desta obra só é permitida com autorização
expressa do Editor. A violação desta obrigação é passível de
procedimento judicial nos termos da lei.

GESTLEGAL

ESTUDOS EM HOMENAGEM A SÉRGIO JACOMINO

ORGANIZADORES:
ALFONSO CANDAU
IVAN JACOPETTI DO LAGO
MADALENA TEIXEIRA
MARGARIDA COSTA ANDRADE
MÓNICA JARDIM
RAFAEL VALE E REIS

APOIO:
CENOR

GESTLEGAL

SERGIO
LACOMINO

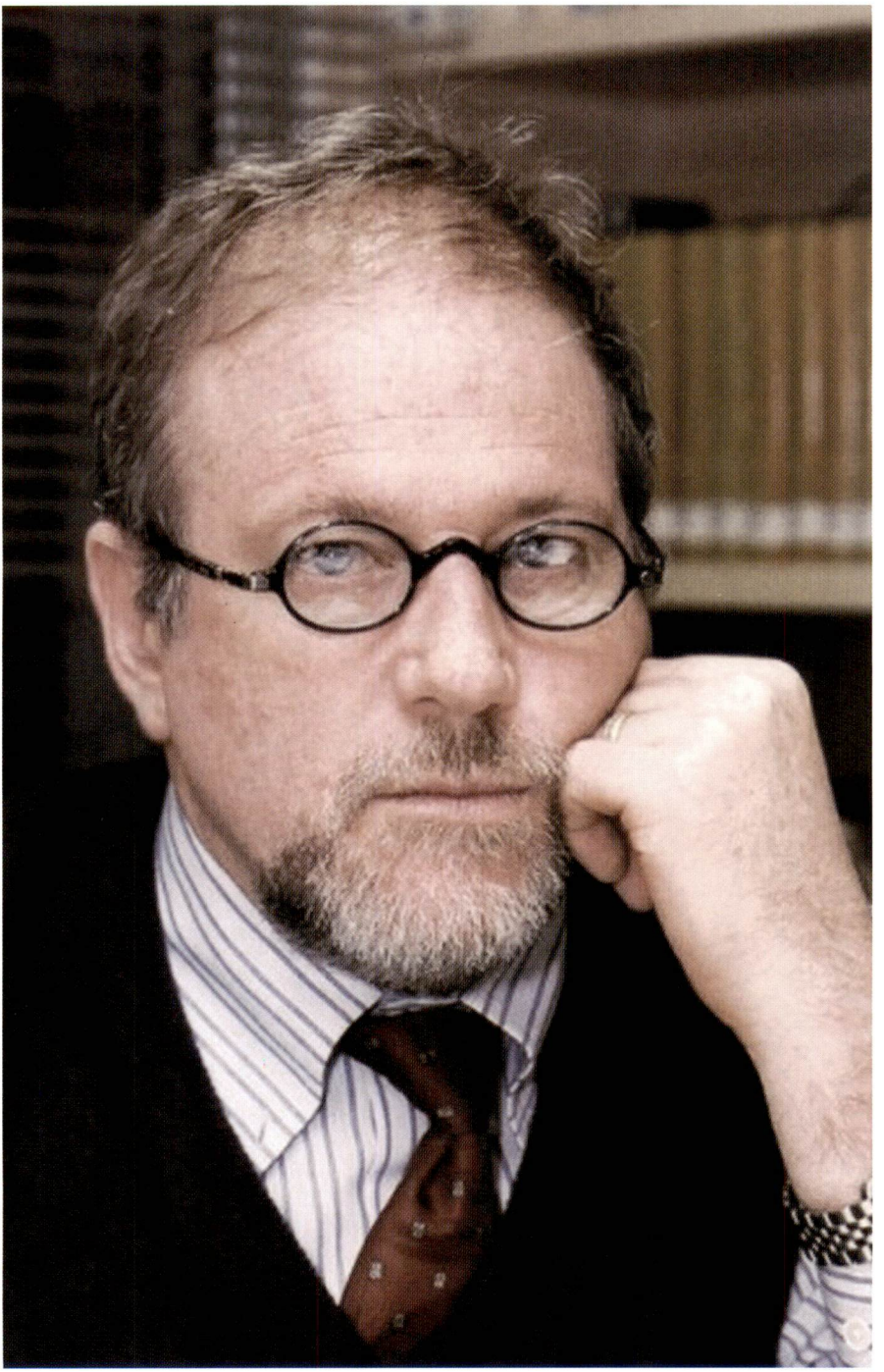


Ilustração: Íris Jacomino

PREFÁCIO

É um privilégio e sentida honra podermos fazer o prefácio deste livro, através do qual o Centro de Estudos Notariais e Registais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (CENoR) e os autores que se congregaram, bem como a organização do CINDER, pretendem fazer homenagem a Sérgio Jacomino.

A ideia foi de Madalena Teixeira — associada e incansável colaboradora do CENoR — mas, imediatamente, foi abraçada por todos os participantes, como se fosse própria e, ainda, por muitos outros, que gostariam de ter contribuído com o seu escrito e, em virtude de circunstâncias várias, não o conseguiram.

A forma como a iniciativa foi acolhida não causa surpresa pois, perante o agora homenageado, todos nós temos vénia a prestar.

É inquestionável o excelente trabalho desenvolvido por Sérgio Jacomino, enquanto académico, registrador, presidente do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (IRIB), da Academia Brasileira de Direito Registral Imobiliário, do Núcleo de Estudos Avançados do Registro de Imóveis Electrônico — Near-Lab e editor da *Revista Electrónica Ipra Cinder International Review,* bem como a sua importante colaboração, muitas vezes discreta — em consonância com determinado traço da sua personalidade —, nos congressos internacionais do Centro Internacional de Direito Registral — IPRA CINDER.

Ademais, Sérgio Jacomino é um profundo pensador e visionário, extremamente culto, que nunca se recusa a participar de um confronto em defesa dos seus ideais e dos seus amigos — mesmo quando sabe

GESTLEGAL

que tal lhe causará prejuízo, o que amiúde ocorre. Enfim, um Grande Homem, um Senhor.

Revelo ao leitor que, em 2016, no Recife, no final de um dia de congresso, assisti um jovem registrador dirigir-se ao agora homenageado, para afirmar: "Eu quero ser Sérgio Jacomino".

Quanto ao CENoR, deixemos claro, sem Sérgio Jacomino, não seria a entidade que é. De facto, em 2004, transcorrido pouco tempo desde a criação do CENoR, mandatado pelo Sérgio, Eduardo Pacheco de Souza — à data Director de Relações Internacionais do Instituto do Registro Imobiliário do Brasil (IRIB) —, em visita à Faculdade de Direito de Coimbra, procurou o nosso instituto para o estabelecimento de um intercâmbio científico e académico e, afortunadamente, o mesmo concretizou-se em Outubro de 2004, no XXXI Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, tendo, ao longo destes anos produzido belos frutos. Designadamente: o curso de Direitos Reais e Sistemas Registais (realizado em Ouro Preto, em Tiradentes e em Coimbra), vários seminários Luso-Brasileiros (que congregaram ainda outros países, sobretudo Espanha, e parceiros, nomeadamente o Colegio de Registradores de Espanã) e as mais diversas iniciativas académicas, de entre as quais se destacam as realizadas com a Escola Paulista de Magistratura — EPM, a Conexão Coimbra São Paulo — que aproximou o CENoR da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo —, o Encontro de Direitos Reais, Direito Registral e Direito Notarial, anualmente realizado na Faculdade de Direito de Coimbra e que conta na sua organização com muitas outras Entidades Brasileiras, de inegável relevância nacional e internacional. Enfim, encontros felizes e cientificamente enriquecedores, que ao talento, à competência, às ideias inovadoras e ao entusiástico empenho do Sérgio se deveram e que inquestionavelmente fizeram do CENoR, repisamos, o que hoje é, e, por isso, justificaram a sua aclamação como membro honorário do CENoR, em 2016, e hoje esta homenagem.

Quanto à razão para homenagear Sérgio Jacomino, através de um livro, em suporte de papel, em 2022, torna-se cristalina, quando se recorda que Sérgio Jacomino é: o proprietário da Editora "A Quinta", onde são publicados os livros cuja venda já deixou de dar lucro; o titular de uma formidável biblioteca, não composta, muito longe disso, apenas por obras de ciência jurídica; aquele que leva os amigos aos

"Cebos", em São Paulo; quem, por respeito, não dobra um livro, não o sublinha e, claro está, nunca faz "glosa" nas suas margens.

Em nome de todos os que colaboram nesta publicação e de quantos a aplaudiram e, em virtude de contingências várias, não conseguiram participar, o CENoR apresenta, através desta singela homenagem, o seu profundo agradecimento a Sérgio Jacomino.

MÓNICA JARDIM
Presidente do Centro de Estudos Notariais e Registais da Faculdade de Direito de Coimbra (CENoR)

GESTLEGAL

PROLOGO LIBRO HOMENAJE SÉRGIO JACOMINO

Se reúnen en el presente libro una serie de contribuciones que tienen como denominador común una sola nota: que se han creado expresamente con la finalidad de celebrar y rendir tributo a la figura del Dr. Sérgio Jacomino. La unánime y entusiasta respuesta de todos los colaboradores al requerimiento para intervenir en esta obra colectiva es perfectamente explicable, en mi opinión, bajo tres puntos de vista.

El primero de ellos lo constituye la excelencia académica del homenajeado. El interés del doctor Jacomino por la materia inmobiliaria registral se puso ya de manifiesto con su investigación — que constituyó su tesis de doctorado — sobre *A qualificação registral: história e importância do direito registral imobiliário brasileiro*. Son centenares (no hay exageración en la cifra) los libros, artículos, intervenciones en congresos y simposios en los que ha desplegado su saber. Su biblioteca personal sobre Derecho Registral reúne (según indiscreta confesión de un amigo común) un formidable depósito de ciencia jurídica. Puede afirmarse con toda exactitud y rigor que representa en la actualidad una figura internacionalmente reconocida en el área de los registros inmobiliarios, no solamente respecto del Derecho brasileño sino de todo el mundo.

Y ello enlaza con la segunda de las razones por las que la figura de Sérgio Jacomino despierta tan generalizada gratitud. Es bien conocido por haber sido presidente del Instituto de Registro Inmobiliario do Brasil (IRIB), miembro honorario del CeNoR — Centro de Estudios Notariales y Registrales de la Universidad de Coímbra — y presidente de la

GESTLEGAL

Academia Brasileira de Derecho Registral Inmobiliario Pero, además de su intensa actividad en el servicio de los registros de su país, y su reconocimiento universitario en Portugal, muchos de los lectores de este libro habrán tenido la oportunidad de conocer al homenajeado a través de los congresos internacionales del centro internacional de Derecho Registral IPRA CINDER en los cinco continentes: de Dubái a Fortaleza o de Ámsterdam a Cartagena de Indias o Moscú. Sérgio Jacomino es por ello el editor de la revista electrónica International Review.

Y, *last but not least*, la excelente acogida a esta obra viene dada por la personalidad de su destinatario. En los medios académicos alemanes se acostumbra a denominar un trabajo de esta índole como Festschriften o también Festgabe, pero en nuestro caso cuadra mejor la venerable denominación universitaria latina: Liber Amicorum, pues, sin duda, es la amistad, junto a la admiración, lo que ha motivado esta iniciativa, radicada en uno de los más antiguos y prestigiosos centros jurídicos del mundo: la Universidad de Coímbra.

Lo escribió el poeta: "Valeu a pena? Tudo vale a pena/Se a alma não é pequena".

ALFONSO CANDAU

TEXTOS EM HOMENAGEM

AUTORES

ADEMAR FIORANELLI • ULYSSES SILVA • AFONSO PATRÃO
CALEB MATHEUS RIBEIRO DE MIRANDA • DIEGO VIGIL DE QUIÑONES OTERO
EDUARDO PACHECO RIBEIRO DE SOUZA • ELENA ROSA VÁSQUEZ TORRES • FERNANDO P. MÉNDEZ
IVAN JACOPETTI DO LAGO • IZAÍAS GOMES FERRO JÚNIOR • LORRUANE MATUSZEWSKI
LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA • MADALENA TEIXEIRA • MARGARIDA COSTA ANDRADE
MARÍA ELENA GARCÍA FLORES • MÓNICA JARDIM • RAFAEL VALE E REIS
RACHEL LETICIA CURCIO XIMENES DE LIMA ALMEIDA
TIAGO DE LIMA ALMEIDA

CONSIDERAÇÕES SOBRE A FUNÇÃO DO REGISTRADOR IMOBILIÁRIO (*)

ADEMAR FIORANELLI
ULYSSES SILVA

Revendo a história do Registro de Imóveis no Brasil, constata-se que a função do registrador imobiliário despontou com a edição da Lei 1.237, de 24 de setembro de 1.864, regulamentada pelo Decreto 3.453, de 26 de abril de 1.865, que retirou o Registro Paroquial da alçada do vigário da paróquia e o substituiu pelo Registro Geral.

É de se ponderar, entretanto, que a segurança jurídica dos atos registrais deixava a desejar. Isso porque, a citada Lei previa a transcrição da propriedade imóvel e a inscrição dos ônus reais apenas para efeito de publicidade e, indo além, dispensava do registro as transmissões causa-mortis e os atos judiciais. Seguiram-se outras leis, mas o Código Civil de 1.917 mudou a situação ao prescrever, no art. 532, que:

> *Os direitos reais sobre imóveis, constituídos ou transmitidos por atos entre vivos, somente se adquirem depois da transcrição ou da inscrição, no Registro de Imóveis, dos respectivos títulos (arts,530, I, e 856), salvo os casos expressos neste Código.*

Tornou-se, assim, obrigatório o registro de todos os títulos translativos da propriedade imóvel, inclusive os judiciais, com a ressalva

(*) Obs.: além das obras dos autores citados no corpo do texto, outras obras anteriores dos próprios signatários concorreram para a elaboração deste pequeno estudo.

GESTLEGAL

mencionada, fato que mereceu de Afrânio de Carvalho [1] a seguinte observação:

> *O princípio de inscrição significa que a constituição, transmissão e extinção de direitos reais sobre imóveis só se operam por atos inter-vivos mediante sua inscrição no registro.*

Havia, entretanto, outro problema a resolver, desta feita relacionado com a manutenção, no art. 530, IV, por imposição de Clovis Bevilaqua, da dispensa da sucessão causa-mortis, sob o argumento de que a herança se transmite com o óbito. É certo que, mais tarde contornou-se a dificuldade, assentando-se que, apurada a herança nos inventários e expedidos os respectivos formais de partilha ou cartas de adjudicação, eles se sujeitavam a registro para efeito de disponibilidade.

Afastado, dessa forma, o impasse, restava resolver a situação relativa ao registro das sucessões causa-mortis e dos atos judiciais anteriores à entrada em vigor do Código Civil, em face do disposto no art. 244 do Decreto 4.857, de 1939, regulador dos registros públicos que antecedeu a Lei atual, repetindo o que já dizia o art. 234 do Decreto 18.542, de 1.864, segundo o qual:

> *Nenhum registro podia ser feito sem prévia inscrição do título anterior e, se nenhum houvesse, do último anterior ao Código Civil, salvo se não estivesse obrigado a registro pelo direito então vigente.*

Em consequência, as transmissões causa mortis e os atos judiciais anteriores a 1.917 continuaram dispensados de registro, situação que, com alguma ressalva, perdurou até a edição da atual Lei de registros públicos, 6.015, de 1973, criadora da matrícula, que, em boa hora, estabeleceu, no art. 195, que:

> *Se o imóvel não estiver matriculado ou registrado em nome do outorgante, o oficial exigirá a prévia matrícula e o registro do título*

---

[1] Cf. Afrânio de Carvalho, *Registro de Imóveis*, 1.ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1976.

anterior, qualquer que seja a sua natureza, para manter a continuidade do registro.

Era de se esperar que o atual Código Civil reforçasse tal determinação, mas limitou-se a repetir, no art. 1.227, o que já prescrevia o art. 676, do código anterior, e insistir, no art. 1.245, que a propriedade se transfere entre-vivos mediante o registro do título translativo, mantendo, consequentemente, o entendimento de que a herança se transmite pelo óbito. Felizmente, tal enfoque não anula a obrigatoriedade da apresentação do respectivo título, para manter a continuidade do registro, imposta pelo art. 195 da Lei 6.015/73.

Apesar, contudo, das questões levantadas, foi com a entrada em vigor do primeiro código civil, em 1.917, que o registrador imobiliário passou a exercer, com mais eficiência, a sua função de assegurar a segurança jurídica dos atos registrais. Para tal fim, a Lei lhe conferiu, com a devida independência, o dever de qualificar os títulos apresentados e o direito de decidir pelo seu ingresso no fólio real ou pela recusa da prática do ato.

Relativamente à independência, Ricardo Dip, ao conceitua-la, em sua obra Registro de Imóveis, esclarece que ela é a faculdade do registrador *de, no exercício de suas funções profissionais, agir — ou não agir — ou, ainda, de escolher um meio de ação de preferência a outros, sempre segundo os limites da lei* [2].

Como se infere da conceituação dada por Dip, confirmada por outros autores, a independência do registrador é limitada e relativa. Em primeiro lugar, porque a ele cumpre o dever de observar fielmente a Lei e, consequentemente, os princípios que regem a matéria registral; em segundo lugar, porque sua competência está restrita à área territorial que lhe está afeta, geográfico como é o critério de distribuição das circunscrições imobiliárias; e, em terceiro lugar, porque está subordinado hierarquicamente ao Judiciário.

Além da limitação e relatividade da independência conferida ao registrador, ele não escapa da responsabilidade, objetiva ou subjetiva,

[2] Cf. Ricardo Dip, *Registro de Imóveis — Princípios*, vol. I, 1.ª Ed., Descalvado, Editora Primvs, 2017.

GESTLEGAL

em sua função, de uma forma geral, e, em particular, pelos atos que pratica. Ao abordar o tema, que já foi causa de muitas divergências, em artigo publicado na Revista do Direito Imobiliário, em 1.916, José de Mello Junqueira, que foi titular, durante muitos anos, da Primeira Vara de Registros Públicos de São Paulo, cita o art. 22 da Lei Federal 8.935, de 1.994, com redação dada pela Lei 13.286, de 10 de maio de 2.016, segundo o qual:

> *Os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso.*

Mais adiante, o insigne magistrado, enfatizando que o disposto nessa norma se aplica somente à responsabilidade civil, acrescenta que ela *é subjetiva e depende de uma ação culposa ou dolosa, circunstâncias a serem comprovadas pelo interessado.*

Abordando, também, a questão em discussão, agora quanto a validade dos atos registrais, Maria Helena Diniz [3], em sua obra Sistemas de Registros de Imóveis, 5.ª edição, Editora Saraiva, esclarece que as atribuições do registrador fundamentam-se em normas especiais, para atender o interesse público, cabendo-lhe, portanto, a tarefa de atribuir autenticidade, segurança e eficácia aos atos e documentos apresentados para registro.

Logo se vê que, cumprindo, como é seu dever, as determinações constantes das normas que regem a matéria, o registrador estará observando os princípios da legalidade, continuidade, especialidade subjetiva, especialidade objetiva, de instância e inscrição, já dissecados, à exaustão, entre outros, por autores como Serpa Lopes, Washington de Barros Monteiro, Afrânio de Carvalho, Ricardo Dip, Orlando Gomes, Maria Helena Diniz e Ademar Fioranelli. Isso porque, analisando os termos do Código Civil e especialmente da Lei 6.015/73, além de outras aplicáveis, veremos que todos os princípios referidos emergiram

---

[3] Cf. MARIA HELENA DINIZ, *Sistemas de Registro de Imóveis*, 5.ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2004.

de disposições legais, fato que nos leva a concluir que se resumem, basicamente, todos eles, em um único princípio, o da legalidade, ou seja, no fiel cumprimento das normais atinentes à matéria ou, em outras palavras no respeito ao direito constituído.

Acontece que, ao qualificar os títulos submetidos a registro, o registrador se vê compelido, com alguma frequência, no exercício de sua função, a adiar os registros pretendidos em virtude de falhas encontradas nos títulos examinados. Na maioria das vezes, as irregularidades podem ser sanadas por meio de retificações ou juntada de outros documentos, mas existem outras que exigem providências mais sérias.

É certo que a profusão de leis, algumas não muito claras, geram interpretações incorretas que facilitam o descaminho, mas isso não justifica eventuais fraudes. Um exemplo é o caso previsto no art. 166 do Código Civil, com ligeiras modificações do art. 145 e seguintes do código anterior, segundo o qual o título pode ser nulo nos casos ali mencionados.

Insistindo nesse ponto, esclarece o art. 167, também do Código Civil, que *é nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.* Acrescenta, entretanto, o art. 214 da Lei 6.015/73, com redação dada pela Lei 10.931/2004, que a*s nulidades de pleno direito do registro, uma vez provadas, invalidam-no, independentemente de ação direta,* bem entendido, no caso, que a decretação pelo magistrado somente ocorrerá *depois de ouvidos os atingidos*, como estabelece o §1.º

Dispõe, por sua vez, o art. 254, também da mesma Lei 6.015/73, o seguinte:

> *Se cancelado o registro, subsistirem o título e os direitos dele decorrentes, poderá o credor promover novo registro, o qual só produzirá efeitos a partir de nova data.*

Nem sempre, porém, é fácil determinar se o título é nulo de pleno direito ou simplesmente anulável, uma vez que é ao juiz competente que cabe decidir a respeito, razão pela qual o art. 172 do Código Civil prevê que o negócio jurídico anulável poderá vir a ser confirmado pelas partes, ressalvado eventual direito de terceiro. Se, porém, os vícios forem graves e anularem efetivamente o título, ocorrerá, então,

GESTLEGAL

o cancelamento previsto, não afastada a possibilidade de eventual convalidação se subsistirem o título e os direitos dele decorrentes, como previsto no art. 254, da Lei 6.015, atrás referido.

Bem a propósito e com muito acerto, Afrânio de Carvalho [4], em sua obra *Registro de Imóveis*, Editora Forense, afirma que o registro, *embora tenha efeito constitutivo, não tem o de saneador*, mesmo porque:

> *A validade da inscrição depende da validade do negócio jurídico que lhe dá origem e da faculdade de disposição do alienante.*

E acrescenta:

> *Assim, quem quer que, fiado na inscrição, adquire a propriedade ou outro qualquer direito real está exposto ao risco de ver contestada a sua aquisição, se o alienante inscrito no registro não era o verdadeiro titular. Não adianta ao titular inscrito a presunção criada em seu benefício pelo artigo 859 do Código Civil, a não ser para deslocar para o verdadeiro titular o ônus da prova, porquanto essa presunção, como qualquer outra, cede à prova contrária.*

Não são frequentes, mas podem ocorrer irregularidades nos títulos e documentação apresentados implicando nulidade. Existem, porém, decisões judiciais entendendo que não é função do registrador pôr em dúvida a autenticidade dos títulos apresentados para registro, desde que, naturalmente, preencham as formalidades legais, assim como, não lhe compete questionar requisitos intrínsecos dos mesmos, penetrando no conteúdo, para inquiná-los de ilegal.

Ora, se é dever do registrador verificar a validade e legalidade do título examinado e o direito de impugna-lo, entendemos que no caso não de mera suspeita, mas de constatação clara de nulidade, é direito dele recusar o registro e, até mesmo, de encaminhá-lo, independentemente de

---

[4] Cf. AFRÂNIO DE CARVALHO, *Registro de Imóveis*, 1.ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1976.

suscitação de dúvida, ao seu Corregedor, em situações que envolvam falsificações ou fraudes, ressalvado, evidentemente, ao interessado, o direito de reclamar no judiciário. Parece ter ficado claro nesta exposição que a segurança jurídica dos atos que envolvem as alienações e onerações de bens imóveis decorre da fiel observância dos princípios que regem o direito imobiliário ou, em suma, da fiel observância da Lei na elaboração de escritos públicos e particulares e, principalmente, da rigorosa análise dos títulos apresentados para registro.

No que diz respeito aos contratantes, é verdade que a Lei lhes concede, nos termos do art. 421 do mesmo Código Civil, *a liberdade de contratar em razão e nos limites da função social do contrato,* mas impõe, no art. 422, *a obrigatoriedade de guardar, tanto na conclusão dele, como em sua execução, os princípios de probidade e boa fé.*

O que se nota, no entanto, quanto à obrigatoriedade, imposta pelo legislador aos contratantes de observarem os princípios de probidade e boa fé, que soa mais como um apelo, é que, por razões que vão além da área jurídica, nem sempre ela é levada em conta.

Em sua obra intitulada Segurança Jurídica e Crise do Mundo Pós-Moderno [5], Ricardo Dip, abordando os problemas que envolvem tão importante matéria, reporta-se a Delos, que considera a segurança jurídica, *large sumpto,* como a garantia dada ao indivíduo de que sua pessoa, seus bens e seus direitos não serão objeto de ataques violentos, ou de que, se esses ataques vierem a produzir-se, a sociedade lhe assegurará proteção e reparação.

Em seguida, Dip esclarece que o enfoque da crise da segurança jurídica pelo ângulo específico da seguridade realça os temas da falta de eficácia e estabilidade das regras de direito e das situações jurídicas, acrescentando, mais adiante:

> *Todavia, essa consideração da crise, com abstração da nota de sua juridicidade, não consegue, por primeiro, afastar de todo o influxo da imbricação real do ius certum — ou seja, da seguridade da segurança jurídica — com o ius aequus, porque não há*

[5] Cf. Ricardo Dip, *Segurança Jurídica e Crise do Mundo Pós-Moderno*, 3.ª Ed., São Luis, Livraria Resistência Cultural Editora, 2019.

efetividade jurídica possível à margem da res iusta, nem pode ser consistentemente justa uma situação instável. Além disso, já se referiu a circunstância de que o mundo pós-moderno vive uma crise integral, poderia dizer-se: uma crise de humanidade, de que a situação jurídica é apenas um dos componentes.

Infelizmente, não há como negar esse fato. A disposição contida no art. 422 do Código Civil, estabelecendo a obrigatoriedade dos contratantes *de guardar, tanto na conclusão, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé,* ilustra muito bem um dos fatores da crise mencionada por Ricardo Dip.

Atendo-nos, agora, ao Brasil, extenso territorialmente como é, onde, em algumas regiões, prevalecem os privilégios dos poderosos e a desigualdade social e econômica, o que ainda se vê, apesar do avanço verificado na legislação que rege o direito imobiliário, é, com alguma frequência, o desrespeito a ele e, consequentemente, à segurança jurídica, particularmente na região amazônica, onde campeiam a invasão e a grilagem de terras públicas e de reservas indígenas, em virtude da falta de eficaz controle dos órgãos responsáveis.

Encerrando, sabemos que, nas regiões mais isoladas, os registradores dispõem de cartórios mal aparelhados, com poucos recursos eletrônicos, e, muitas vezes, têm dificuldade de comunicação, mas é de se esperar que, conscientizados da importância de sua função, superando as dificuldades, passem a desempenhar, com mais firmeza, a tarefa de assegurar a segurança dos atos registrais.

BIBLIOGRAFIA

CARVALHO, AFRÂNIO DE, *Registro de Imóveis*, 1.ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1976
DINIZ, MARIA HELENA DINIZ, *Sistemas de Registro de Imóveis*, 5.ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2004
DIP, RICARDO, *Registro de Imóveis, Princípios*, vol. I, 1.ª Ed., Descalvado, Editora Primvs, 2017
——, *Segurança Jurídica e Crise do Mundo Pós-Moderno*, 3.ª Ed., São Luís, Livraria Resistência Cultural Editora, 2019

E-JUSTICE E TRANSACÇÕES IMOBILIÁRIAS INTERNACIONAIS NA UNIÃO EUROPEIA

AFONSO PATRÃO (*)

SUMÁRIO: 1. O PROBLEMA. 2. PROJECTOS EUROPEUS: *E-JUSTICE* E NEGÓCIOS IMOBILIÁRIOS INTERNACIONAIS: 2.1. *CROBECO — CROSS BORDER ELECTRONIC CONVEYANCING*: A. DESCRIÇÃO; B. APRECIAÇÃO E IDENTIFICAÇÃO DE PROBLEMAS; 2.2. EUFIDES — FACILITATING REAL ESTATE TRANSACTIONS IN EUROPE; 2.3. *IMOLA — INTEROPERABILITY MODEL FOR LAND REGISTERS*. 3. CONCLUSÕES.

1. O PROBLEMA

Nos negócios transfronteiriços sobre imóveis dentro da União Europeia — que são abrangidos pelas liberdades fundamentais (designadamente, pela liberdade de circulação de capitais) — existe um obstáculo importante: porque os Estados-Membros estabelecem frequentemente mecanismos de *justiça preventiva* na transmissão de direitos reais sobre imóveis — determinando a celebração do contrato perante um *notário* ou outra autoridade, controlando a validade do negócio (i); subordinando a produção da totalidade dos efeitos à inscrição no registo predial (ii) —, a contratação em Estado-Membro diferente daquele em que o prédio se situa constitui faculdade de difícil concretização.

Pense-se num exemplo: se dois cidadãos europeus, nacionais holandeses e residentes na Holanda, quiserem beneficiar da liberdade de circulação de capitais transferindo propriedade sobre um imóvel em Espanha, a possibilidade de celebrar o contrato na Holanda (ou em outro país diferente do da situação da propriedade) enfrentará importantes adversidades. Os obstáculos são tantos que alguns autores

(*) Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

GESTLEGAL

consideram que, *de um ponto de vista prático,* se torna obrigatório celebrar o contrato no país de situação do prédio. Trata-se de uma verdadeira barreira às liberdades comunitárias: torna necessária a deslocação dos indivíduos ao país de situação da coisa; impede a que as partes possam celebrar o negócio perante um notário da sua confiança; com alta probabilidade, força a redacção do acto notarial em língua estrangeira, desconhecida das partes. Em consequência, os custos da transacção são potenciados e o negócio fica envolto em incerteza quanto à sua plena eficácia no país de situação do prédio. Possivelmente, a consideração de todos os custos e riscos pode mesmo levar as partes a não celebrarem tais contratos.

Há várias razões para este *status quo.*

Por um lado, alguns Estados-Membros estabelecem a obrigação de os contratos relativos a bens imóveis serem celebrados perante o notário público do país de situação do imóvel [1].

---

[1] É o caso de França em matéria de hipotecas (art. 2417.º Code Civil — «Les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités") e da Holanda (art. 3:31 Burgerlijk Wetboek — "Waar een wetsbepaling die betrekking heeft op registergoederen, een notariële akte of een notariële verklaring voorschrijft, is een akte of verklaring van een Nederlandse notaris vereist").

Estas normas são, obviamente, difíceis de harmonizar com as regras europeias sobre a liberdade de prestação de serviços, das quais os autores holandeses estão cientes — *vide* A. V. M. Struycken, "Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1992-I, Tomo 232, 1992, pp. 257-383, p. 318. No que diz respeito à norma francesa, os autores criticam-na severamente — cf. Pierre Callé, "L'acte authentique établi à l'étranger — Validité et exécution en France", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 94, n.º 3, 2005, pp. 377-412, p. 391; Michel Cabrillac e Christian Mouly, *Droit des Sûretés*, 5.ª Edição, Éditions Litec, Paris, 1999,p. 627; André Weiss, *Manuel de Droit International Privé*, 5.ª Edição, Sirey, Paris, 1905, p. 539; Dominique Bureau e Horatia Muir Watt, *Droit international privé*, vol. II, Partie spéciale, 2.ª Edição, Presses Universitaires de France, Paris, 2010, p. 51; Charalambos Pamboukis, *L'Acte Public Étranger en Droit International Privé*, LGDJ, Paris, 1993, p. 232; Georges A. L. Droz, "Problèmes soulevés par l'établissement, en Angleterre ou aux Etats-Unis, d'un mandat d'hypothéquer un immeuble français", *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, Paris, 1991, pp. 93-101, p. 93; Marcel Planiol e Georges Ripert, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, Tomo XII, 1ère partie, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1927, p. 427; Tito Ballarino, "Norme di Applicazione Necessaria e Forma degli Atti", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno III, 1967, pp. 707-729, p. 723.

Por outro lado, mesmo que exista a *possibilidade legal* de transmitir num país diferente a situação do imóvel, há obstáculos à *circulação do* documento público que titula o contrato, não só no que diz respeito à sua *aceitação formal* (questão que tem estado fora dos actos europeus relativos à cooperação judiciária em matéria civil) [2] mas

---

Um efeito semelhante pode ser sustentado pelo sistema de transferência de direitos *reais,* que é atribuído à *lex rei sitae,* se o país de situação do terreno estabelecer a necessidade, além do contrato de compra e venda, de um *contrato abstracto de transferência* (o caso da Alemanha). Aí, a expressão *"jeder Notar"* do §925 BGB é interpretada como conferindo poderes apenas aos notários estabelecidos na Alemanha — (*«kann aber nicht gefolgert werden, dass auch die Zuständigkeit eines ausländischen Notars gegeben sei»)* — Acórdão do Oberlandesgericht de Colónia, 29 de Novembro de 1971, *Der Deutsche Rechtspfleger, n.º* 4, 1972, pp. 134; KANZLEITER, "§925", *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Vol. 6, 6.ª Edição, ed. ROLAND RIXECKER e FRANZ JÜRGEN SÄCKER, Beck, München, 2013, n.º 1-56, n.º 14, nota 40; REINHOLD GEIMER, "Eintragungsfähigkeit einer von einem deutschen Notar errichteten Kaufvertragsurkunde im spanischen Eigentumsregister", *IPRax — Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, n.º 5, 2013, pp. 479-481, p. 481.

[2] Na verdade, as questões relativas à aceitação e reconhecimento de documentos públicos são menos tratadas do que as decisões judiciais, o que pode ser uma surpresa, devido à natureza consensual das primeiras. Cfr. GEORGES A. L. DROZ, *La compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la Communauté économique européenne selon la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Dalloz, Paris, 1972, n.º 605; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho Internacional Privado*, 3.ª Edição, Editorial Civitas, Madrid, 1996,p. 98;. JONATHAN FITCHEN, "«Recognition», Acceptance and Enforcement of Authentic Instruments in the Succession Regulation", *Journal of Private International Law*, vol. 8, n.º 2, 2012, pp. 323-358, p. 329; PIERRE CALLÉ, *L'acte public en droit international privé*, Economica, Paris, 2004, p. 2, e "L'acte authentique...", p. 380; MARIE GORÉ, "L'Acte Authentique en Droit International Privé", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1998-1999, pp. 23-48, p. 23; CHARALAMBOS PAMBOUKIS, "Les actes publics et la méthode de reconnaissance", *La Reconnaissance des situations en droit international privé*, ed. PAUL LAGARDE, Pedone, Paris, 2013, pp. 133-146, p. 133; RICHARD CRÔNE, "La réception d'un acte authentique étranger en France", *Mélanges en l'Honneur de Mariel Revillard — Liber amicorum*, Defrénois, Paris, 2007, pp. 77-96, p. 77 (*"la doctrine internationaliste classique ne s'est guère préoccupée de la circulation et de l'exécution des actes authentiques"*); MICHAEL BOGDAN, "Do Swedish Civil Status Records Qualify to be Recognized in the Other EU Member States?", *Liber Amicorum Ole Lando*, ed. MICHAEL JOACHIM BONELL, MARIE-LOUISE HOLLE E PETER ARNT NIELSEN, DJØF, Copenhaga, 2012, pp. 59-67, *p.* 60 (*"In contrast to most court judgements, the recognition in one EU Member State of the contents of civil records of another Member State is not generally regulated by EU legislation"*).

Depois da adopção do Regulamento Europeu das Sucessões (UE 650/2012), no entanto, o debate sobre esta matéria tem vindo a aumentar, devido à necessidade preponderante de encontrar soluções nesse domínio (cfr. CYRIL NOURISSAT, et al.,

também (e ainda que não existam dúvidas sobre a autenticidade do documento estrangeiro como *instrumentum*) quanto ao reconhecimento do *negotium* (equivalência formal aos documentos eventualmente exigidos pela *lex situs;* validade substantiva do contrato, provavelmente aludindo a institutos jurídicos diferentes dos da *lex rei sitae*) [3].

Em terceiro lugar, mesmo que todas as dificuldades mencionadas não impeçam as partes de celebrar tal contrato, a *viabilidade pragmática* da contratação fora do país de situação do prédio é muitas vezes comprometida. De facto, a Lei de muitos Estados-Membros atribui responsabilidades públicas a Notários (ou outras autoridades) quando transmitem bens imóveis: o dever de cobrar impostos; a obrigação de verificar as licenças públicas como pré-requisito da transacção; a certificação no Registo Predial do direito de propriedade do vendedor; a obrigação de notificar autoridades de polícia criminal da suspeita de branqueamento de capitais ou financiamento do terrorismo; a obrigação de coordenar o título contratual com o cadastro geométrico; ou mesmo o dever de receber o preço do comprador e transferi-lo para o vendedor após a confirmação do sucesso da transacção [4]. De

---

"Pour la reconnaissance des actes authentiques au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice", *Petites Affiches*, n.º 68, 4 de Abril de 2012, 2012, pp. 6ss, capítulo III; PAUL TERNER, "Perspectives of a European Law of Succession", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 14, n.º 2, 2007, pp. 147-178, p. 166).

[3] Sobre estas dificuldades, *vide* AFONSO PATRÃO, *Autonomia conflitual na hipoteca e reforço da cooperação internacional: removendo obstáculos ao mercado europeu de garantias imobiliárias*, Livros Horizonte, Lisboa, 2017, pp. 307ss. Sobre a distinção entre *negotium* e *instrumentum*, cfr. GEORGES A. L. DROZ, "L'Activité Notariale Internationale", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 280, 1999, pp. 9-133, p. 28.

[4] Cfr. os exemplos da Lei francesa (MARIEL REVILLARD, *Droit International Privé et Communautaire: Pratique Notariale*, 6.ª Edição, Defrénois, Paris, 2006,p. 480) do direito espanhol (LUIS JAVIER ARRIETA SEVILLA, "La inscribilidad de escrituras públicas extranjeras a la luz de la primera doctrina hipotecaria", *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, ed. MARIA FONT I MAS, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 399-429, p. 424ss).

Nos termos da Lei portuguesa, *vide* as obrigações de comunicação às autoridades fiscais (art. 57.º CNot.); o dever de harmonizar o contrato com o registo predial e com a informação matricial (art. 58.º CNot.); a verificação de que o prédio está inscrito em nome do vendedor (art. 9.º CRPred. e 54.º CNot.); a responsabilidade de promover o registo do bem a favor do adquirente (al. *b)* do n.º 1 do art. 8.º-B

facto, tais deveres são muitas vezes *impossíveis* de cumprir pelas autoridades estrangeiras, tornando os contratos no estrangeiro *legalmente permitidos, mas pragmaticamente impossíveis* [5].

Por último, mesmo supondo a viabilidade de um notário estrangeiro titular um negócio imobiliário, o *acesso* ao Registo Predial de uma autoridade de Estado-Membro diferente daquele em que o imóvel se situa é inalcançável: muitos Estados-Membros não permitem o registo *on-line* ou sequer a consulta *on-line* a tituladores estrangeiros, exigindo a identificação nacional do requerente [6]; outros não adoptam um

---

CRPred.); a subordinação da celebração do contrato à comprovação do pagamento de impostos (art. 49.º do Código do IMT); a obrigação de verificar a entrega ao comprador da ficha técnica da habitação (art. 9.º do Decreto-Lei n-.º 68/2004, de 25 de Março); a responsabilidade de verificar a existência e validade da licença de utilização (art. 1.ºº do Decreto-Lei n.º 281/99, de 26 de Julho); e o dever de verificar a existência do certificado energético (art. 5.º do Decreto-Lei n.º 118/2013, de 20 de Agosto).

[5] Cf. Javier Carrascosa González, "Derechos Reales (Capítulo XXIX)", *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12.ª Edição, ed. Alfonso-Luis Calvo Caravaca e Javier Carrascosa González, Ed. Comares, Granada, 2011, pp. 863-912, p. 906 (*"El notario extranjero no puede realizar el mismo control que lleva a cabo un Notario español porque no es un funcionario publico español y no dispone de medios técnicos ni legales para practicar el control que sí realiza el Notario español: un Notario extranjero no puede recabar datos del Ministerio de Hacienda español, por ejemplo, ni está obligado a comunicar movimientos sospechosos de capitales a la Hacienda española, como sí lo está el Notario español");* Enrique Brancós Núñez, "El europeísmo equivocado de la sentencia 391/06, de 22 noviembre de 2006, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección cuarta", *La Notaría*, n.º 37-38, 2007, pp. 119-150,"El europeísmo equivocado de la sentencia 391/06, de 22 noviembre de 2006, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección cuarta", <style face="italic">La Notaría</style>, n.º 37-38, 2007, pp. 119-150,</DisplayText><record><rec-number>2582</rec-number><foreign-keys><key app="EN" db-id="5ewzd9er72r5zqewx5dpftx3afxrzwxddeat" timestamp="1570539130">2582</key></foreign-keys><ref-type name="Journal Article">17</ref-type><contributors><authors><author>Brancós Núñez, Enrique</author></authors></contributors><titles><title>El europeísmo equivocado de la sentencia 391/06, de 22 noviembre de 2006, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección cuarta</title><secondary-title>La Notaría</secondary-title><short-title>El europeísmo...</short-title></titles><periodical><full-title>La Notaría</full-title></periodical><pages>pp. 119-150</pages><number>n.º 37-38</number><dates><year>2007</year></dates><urls></urls></record></Cite></EndNote> p. 124. Contra, cf. Álvaro Núñez Iglesias, "El préstamo hipotecario transfronterizo: la eurohipoteca", *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, n.º 93, 2001, pp. 369-383, p. 371, nota n.º 9.

[6] Mortgage Funding Expert Group, *Report of 22 December 2006*, Comissão Europeia, disponível na internet via http://ec.europa.eu/internal_market,

sistema de registo predial de acesso livre, exigindo provas de um interesse sério — dificuldade adicional para tituladores estrangeiros [7]; e nos casos em que o acesso ao registo é possível, um notário público estrangeiro pode não ser capaz de compreender plenamente os institutos jurídicos inscritos ou a língua dos dados de registo [8]. Além disso, a organização do registo predial é diferente entre os Estados-Membros — vigorando sistemas de registo de *título* ou de *documentos*; sistemas de *transcrição* e *inscrição*; variando entre *fólio real* ou *fólio pessoal*. De outro modo: o transportador estrangeiro não tem qualquer

---

consultado em 29 de Setembro de 2012, *p.* 18: *"In six of the Member States surveyed (Denmark, Germany, Italy, Hungary, Portugal and Sweden), mortgage registers are not accessible cross-border. In some Member States, this arises from legislation or standards imposed by authorities, whereas in other Member States, it is simply a technical question").* Além disso, o registo *on-line* apenas existe em metade dos Estados-Membros, Comissão Europeia, *Livro Verde "O crédito hipotecário na UE" — COM(2005)327 Final*, Bruxelas, 2005, p. 15; Grupo-Fórum relativo ao crédito hipotecário, *The Integration of the EU Mortgage Credit Markets — Report of the Forum Group on Mortgage Credit,* Comissão Europeia, disponível na internet via http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/home-loans/2004-report-integration_en.pdf, consultado em 20 de Agosto de 2012, p. 28-29; Hendrik Ploeger e Bastiaan van Loenen, *Response to the Green Paper on Mortgage Credit in the EU,* disponível na internet via http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/home-loans/comments/priv-nl_ploeger_vanloenen-en.pdf, consultado em 9 de Julho de 2015, p. 1.

[7] Cfr. Antonio Pau Pedrón, "The Register as an Instrument of Security in Property Transactions", *Land Law in Comparative Perspective*, ed. Elena Sánchez Jordán e Antonio Gambaro, Kluwer Law International, Haia, 2002, pp. 87-95, p. 92.

[8] Hendrik Ploeger e Bastiaan van Loenen, "EULIS — At the Beginning of the Road to Harmonization of Land Registry in Europe", *European Review of Private Law*, vol. 12, n.º 3, 2004, pp. 379-387, p. 381, e "Harmonization of Land Registry in Europe", *TS18 — Comparative Aspects of Land Administration Systems, From Pharaohs to Geoinformatics,* 2005, disponível na internet via http://www.fig.net/pub/cairo/papers/ts_18/ts18_02_ploeger_vanloenen.pdf, consultado em 28 de Dezembro de 2012, p. 3, exemplificando com o caso de um cidadão inglês que vise adquirir um imóvel na Holanda: mesmo que ele possa aceder ao *Kadaster* holandês, apenas vai verificar que o vendedor é *"erfpachter"* e que as autoridades municipais são *"eigenaar"*, sem entender o significado de cada uma das figuras jurídicas. *Vide* Hendrik Ploeger e Bastiaan van Loenen, "The European Real Estate Market — Transparency, Security and Certainty through registration by EuroTitle", *The Future of European Property Law*, ed. Sjef van Erp, Arthur Salomons e Bram Akkermans, Sellier European Law Publishers, Munique, 2012, pp. 183-198, p. 186, sobre o cenário semelhante dentro do Registo Predial Francês.

ideia sobre o caminho a seguir para obter a informação necessária para a transacção [9].

Assim, a opção das partes de celebrar o contrato em Estado-Membro diferente do da situação do imóvel é arriscada: o notário pode não conhecer ou não ser capaz de cumprir todos os requisitos da *lex rei sitae* para a transacção. Consequentemente, existe a possibilidade de o negócio ser inapto a produzir o efeito translativo do bem, obrigando as partes a contratar no país de situação do bem imóvel — suportando a incerteza dada por um acto notarial escrito numa língua que as partes não compreendem [10]: "*a solução prática é contratar um conselheiro local*" [11].

Este problema foi reconhecido pelo Parlamento Europeu, que declarou não ser legalmente proibido contratar no estrangeiro, *mas que* os

---

[9] Elena Sánchez Jordán, "Garantías sobre Bienes Inmuebles: La Eurohipoteca", *Derecho Privado Europeo*, ed. Sergio Cámara Lapuente, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 987-1007, pp. 996-997, e "La Eurohipoteca", *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III, ed. Antonio Cabanillas Sánchez, Thomson — Civitas, Madrid, 2003, pp. 4277-4297, p. 4288; Christoph Schmid e Christian Hertel, *Real Property Law and Procedure in the European Union — General Report,* European University Institute; European Private Law Forum; Deutsches Notarinstitut, disponível na internet via http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/GeneralReport.pdf, consultado em 21 de Novembro de 2012, p. 29; Thomas Wachter, "La garantie de crédit transfrontalier sur les immeubles au sein de l'Union européenne — L'Eurohypothèque", *Notarius International*, vol. 4, n.º 4, 1999, pp. 174-188, p. 186; Hans G. Wehrens, "Real Security regarding Immovable Objects — Reflections on a Euro-Mortgage", *Towards a European Civil Code*, 3.ª Edição, ed. Arthur Hartkamp, et al., Kluwer Law International, Haia, 2004, pp. 769-783, p. 772; Benedict Foëx, "L'Eurohypothèque", *L'Européanisation du droit privé: Vers un Code civil européen?*, ed. Franz Werro, Editions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1998, pp. 481-496, p. 483; J. A. Mouteira Guerreiro, *Publicidade e Princípios do Registo*, Temas de Registos e de Notariado, Almedina, Coimbra, 2010, p. 21; Pascal Ancel, *Droit des sûretés*, 2.ª Edição, Éditions Litec, Paris, 2000,p. 130; Otmar Stöcker e Rolf Stürner, *Flexibilität, Sicherheit und Effizienz der Grundpfandrechte in Europa*, Band III, 3.ª Edição, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlin, 2012, 35.

[10] Cfr. Council of the Notariats of the European Union, *CROBECO Project — Position of the Notaries of Europe (18 de Novembro de 2011),* disponível na internet via http://www.notaries-of-europe.eu/files/position-papers/2011/Position-CNUE-CROBECO-18-11-11-final-EN.pdf, consultado em 17 de Julho de 2015, p. 2.

[11] Hendrik Ploeger e Bastiaan van Loenen, "EULIS...", p. 382, e "The European...", p. 187.

contratos muitas vezes não eram reconhecidos no país da propriedade [12].

2. PROJECTOS EUROPEUS: *E-JUSTICE* E NEGÓCIOS IMOBILIÁRIOS INTERNACIONAIS

Consciente do problema, a União Europeia está a financiar projectos utilizando a *e-justiça* como meio de ultrapassar as dificuldades e mencionou-as especificamente no Livro Verde sobre Crédito Hipotecário, sublinhando o seu compromisso [13]. Façamos uma breve referência a três deles: CROBECO, EU-Fides e IMOLA.

2.1. CROBECO — *Cross Border Electronic Conveyancing*

a. Descrição

A *ELRA (European Land Registry Association,* associação europeia de conservadores), consciente dos obstáculos à contratação internacional de direitos sobre imóveis no seio da União Europeia, incentivou um projecto destinado a remover algumas dificuldades apontadas. Trata-se do CROBECO (*Cross-Border Electronic Conveyancing*), que visava tornar a celebração de contratos internacionais sobre imóveis tão simples quanto as transacções internas.

O projecto CROBECO partia de dois princípios.

Em primeiro lugar, pressupõe que o principal obstáculo à constituição internacional de direitos reais sobre imóveis radica no facto de as partes serem forçadas (na prática) a celebrar o negócio perante notário do país de situação do prédio, o que implica despesas de deslocação e

---

[12] Cfr. PARLAMENTO EUROPEU, *Comparative Study on Authentic Instruments,* Study of the European Parliament n.º IP/C/JURI/IC/2008-019, (PE/408329), elaborado pelo Council of the Notariats of the European Union, disponível na internet via http://www.cnue-nouvelles.be/en/000/actualites/aae-etude-acte-authentique-final-25-11-2008-en.pdf, consultado em 6 de Dezembro de 2012, p. 144.

[13] Cf. JEAN-FRANÇOIS GOJON, "Loi réelle et loi de la créance dans le crédit hypothécaire: un concours encore incertain", *Mélanges en l'Honneur de Mariel Revillard — Liber amicorum*, Defrénois, Paris, 2007, pp. 169-181, pp. 179-180.

diminuição da confiança. Por arrastamento, serão muitas vezes levadas a sujeitar as obrigações contratuais à Lei do Estado de situação do prédio (porventura, por falta de receptividade do notário local em sujeitar o negócio hipotecário a *outra lei*) e redigirão o contrato em língua que não conhecem (pois a maioria das leis europeias impõe que o documento notarial seja lavrado na língua do Estado onde o notário actua). Ora, as dúvidas que daqui emergem geram relutância natural à aquisição de um direito real sobre prédio situado no estrangeiro.

Por outro lado, tem subjacente o entendimento de que um documento notarial estrangeiro é mal recebido pelos serviços de registo predial do Estado de situação do imóvel, havendo desconfiança generalizada na legalidade do título estrangeiro.

Aceitando que são estes os dois principais obstáculos aos negócios reais sobre imóveis situados noutros Estados, o projecto CROBECO via nos meios electrónicos um mecanismo capaz de facilitar a cooperação entre os serviços de registo dos vários Estados-Membros, colaboração que dissipará os riscos inerentes à contratação em país diferente do da localização do imóvel e eliminará as dificuldades de reconhecimento de documento público estrangeiro.

O projecto concretizar-se-ia, assim, numa plataforma informática de ligação entre conservadores dos Estados aderentes, a que é associado um plano de contratação internacional. De acordo com este plano, as partes que pretendam constituir ou transmitir um direito real sobre prédio situado no estrangeiro, devem fazê-lo perante *notário livremente escolhido* (na língua que conhecem) e optar expressamente pela escolha da Lei local (com que estão familiarizadas) [14]. Este notário terá a assistência do registador local que fará o controlo de validade do negócio à luz da *lex contractus* (Lei local, que as partes designaram, e que este conservador melhor domina) no que diz respeito às obrigações contratuais; ademais, fará uma ligação com o

[14] Efectivamente, como é sabido, não obstante a *situação do imóvel* ser conexão subsidiária na falta de escolha, admite-se no espaço europeu a escolha de Lei nos contratos com objecto sobre imóveis (cfr. arts. 3.º e 4.º do Regulamento Roma I). Sobre o problema da Lei aplicável ao contrato de *crédito hipotecário,* na falta de escolha das partes, *vide* THIERRY VIGNAL, "Réflexions sur le crédit immobilier en droit international privé", *Mélanges Michel Cabrillac*, LITEC, Paris, 1999, pp. 545-557, pp. 548ss.

conservador do Estado territorial, de quem recolhe informação sobre as obrigações que a Lei da situação da coisa comete ao titulador, quer no domínio do direito público, quer nas condições da produção do efeito real (*v. g.*, cobrança de impostos, verificação do estatuto registal do prédio, etc.).

Embora não exista uma *substituição do conservador do Estado territorial* na sua função qualificadora (controlo da legalidade do título negocial), estabelece-se cooperação bilateral: *por um lado*, os serviços de registo do local de situação do imóvel indicarão os requisitos que a *lex rei sitae* impõe à transmissão ou constituição do direito real ao registador local (que, por sua vez, *assistirá* o notário) — obrigações fiscais, necessidade de apresentação de licenças de utilização ou certificados energéticos, verificação da conformidade com o cadastro fiscal e com a informação tabular, etc. *Por outro*, o conservador do local de celebração dá um parecer (um *certificado de conformidade*) atestando que o título negocial é válido à luz da *lex contractus* (facilitando a confiança dos serviços de registo da situação do prédio na escritura estrangeira) e que o titulador é legalmente autorizado a exarar aquele documento [15].

Na versão mais recente do projecto (denominada CROBECO II), a intervenção do conservador do Estado onde o negócio se realiza seria opcional. Assim, estabelece-se a possibilidade de contacto directo entre titulador (estrangeiro) e conservador (da situação da coisa), quer por via da plataforma informática (NETPRO), quer por contacto electrónico directo. Visou ultrapassar-se desta forma a crítica entretanto surgida no sentido de que a utilização deste mecanismo implicava um passo adicional na contratação [16].

---

[15] EUROPEAN LAND REGISTRY ASSOCIATION, *Common Conveyancing Reference Framework*, disponível na internet via http://www.eurogeographics.org/sites/default/files/CommonConveyancingReferenceFramework.pdf, consultado em 1 de Julho de 2015, p. 13: *"Although responsibilities never can change, assistance in this field could be provided to Registrars from other Registrars"*.

[16] Na primeira versão do projecto era forçosa a intermediação do conservador do Estado onde o negócio era celebrado, o que criava um *obstáculo adicional* à contratação internacional. Vejamos: suponhamos que A, alemão residente na Alemanha, pretende constituir uma hipoteca sobre um prédio no Algarve a favor de B, igualmente alemão e residente na Alemanha. Não utilizando o projecto CROBECO, é-lhes lícito recorrer a notário alemão, que exara a escritura (embora, como é

Na fase de preparação e elaboração do título negocial, aliás, o projecto CROBECO previa importantes ferramentas destinadas a tornar

---

evidente, seja difícil ao notário cumprir as disposições da Lei portuguesa de que possa depender o efeito real — verificação do princípio da legitimação, cobrança de impostos, etc.). Depois de exarada a escritura, cabe a B apostilar e traduzir o documento público alemão e requerer, com tal título registal, a inscrição da hipoteca a seu favor perante conservador português (como é sabido, os documentos estrangeiros podem aceder ao registo predial português, mesmo sem necessidade de legalização, conquanto o conservador não tenha dúvidas sobre a respectiva autenticidade — Cfr. art. 365.º CC e Parecer do Conselho Técnico da Direcção-Geral dos Registos e do Notariado proferido no processo n.º RP 161/2001 (*cit.* nota n.º 615). Isto é, o processo desenrolou-se com intervenção de apenas duas entidades (notário alemão e conservador português) e com recurso aos serviços consulares para apostila e tradução.

Se as partes utilizassem os instrumentos que lhes são disponibilizados pelo CROBECO, enfrentariam dificuldades adicionais, já que se pressupunha a participação de um novo interveniente — a autoridade registal alemã, a quem caberia verificar o cumprimento da *lex contractus* e estabelecer um contacto com o conservador português para orientar o notário no adimplemento das obrigações impostas pelo direito da *lex rei sitae*. Esta intervenção constituía *mais um passo* que, ao invés de facilitar, criou um obstáculo adicional: na verdade, à margem do CROBECO, cabe ao conservador português o controlo do cumprimento da *lex contractus*. Se, antes do projecto, o documento notarial estrangeiro circularia livremente, passa a ser-lhe ainda exigido um *certificado adicional de validade,* emitido pelo Conservador alemão. Isto mesmo, aliás, foi notado pelo COUNCIL OF THE NOTARIATS OF THE EUROPEAN UNION, *CROBECO...*, p. 1: *"The cumulative involvement of a notary and two conveyancers is opposed to the genuine idea of facilitating cross-border real estate transaction. In everyday notarial practice, one notary and one registrar sufficed to provide for the services required"*.

Ademais, a responsabilidade pela qualificação não era substituída pela verificação do contrato pelo conservador alemão: este limitar-se-ia a emitir um documento *não vinculativo* (um certificado de validade do contrato) que não exime a responsabilidade do conservador português de a controlar.

Como não parece que a intervenção do conservador do Estado onde se desenrola a contratação se dirigisse a multiplicar os obstáculos à contratação internacional, julgamos que o projecto CROBECO assim o estabelecia por três motivos: *em primeiro lugar,* não deve olvidar-se que o mecanismo é da autoria da ELRA, pelo que é expectável que se tenha preocupado apenas com os poderes dos seus associados (conservadores); *por outro lado*, ter-se-á entendido que a cooperação internacional seria mais profícua entre dois conservadores do que entre notário e conservador, designadamente pelo estabelecimento de plataformas informáticas partilhadas entre registadores; *por fim*, parecia existir uma certa desconfiança face à actividade notarial, já que se estabelece nas *razões do projecto* que o titulador num negócio com objecto em imóvel situado no estrangeiro não consegue garantir a necessária segurança jurídica aos contratantes (estabelecendo que a intervenção do conservador local o fará). Este era, aliás, o ponto sobre que os CNUE eram mais críticos.

viável a respectiva exaração por notário de Estado diferente daquele onde o prédio se situa: *por um lado,* a plataforma informática NETPRO conteria um repositório de cláusulas-tipo a introduzir no contrato válidas em face da *lex contractus* escolhida e da *lex rei sitae* [17]; *por outro lado,* o projecto previa um *helpdesk* que indicaria profissionais (designados *assistentes administrativos*) que, no Estado da situação da coisa, ofereceriam a sua colaboração na obtenção de certidões, licenças, pagamento de impostos, etc. Este assistente inseriria na plataforma os documentos e informações que lhe foram pedidas, tornando-se assim imediatamente disponíveis para o notário responsável pela elaboração da escritura. Depois de exarado, o título negocial (eventualmente acompanhado do certificado do conservador local atestando a sua validade face à *lex contractus* e a autoridade do notário para a exaração do documento) seria remetido electronicamente para o serviço de registo do Estado territorial, onde servirá de base à inscrição do direito e conclusão da transacção.

O projecto esteve em funcionamento piloto, envolveu a preparação da plataforma segura NETPRO — na qual conservadores e os notários poderão depositar e consultar a informação desejada — mas foi subsequentemente abandonado [18].

b. Apreciação e identificação de problemas

O projecto formalmente integrou Portugal, Espanha, Holanda e Reino Unido, sendo os dois primeiros *receiving countries* e os dois últimos *sending countries*. Todavia, apenas esteve operacional para negócios celebrados *na Holanda* sobre *imóveis em Espanha*, porquanto os únicos protocolos necessários à efectivação do projecto foram celebrados entre o *Colegio de Registradores de España* e a *Kadaster* (Agência

[17] Assim, o notário (ou o conservador que o auxiliar) pode consultar a plataforma NETPRO e introduzir no sistema a Lei reguladora das obrigações e a legislação reguladora dos efeitos reais (de Estados-Membros). O sistema propor-lhe-á, assim, uma certa *formulação das cláusulas* (proceder à identificação das partes nos moldes exigidos pelas duas leis; identificar o prédio com os elementos exigidos pela *lex rei sitae;* etc.). Esta informação dará ao titulador e às partes confiança na aceitação do título no Estado territorial.

[18] European Land Registry Association, *Common...*, pp. 16 e 42ss.

de Registo Predial e Cadastro holandesa). Repita-se que o projecto funciona para negócios celebrados na Holanda sobre imóveis situados em Espanha e não o inverso, porquanto a Lei holandesa exige que negócios sobre imóveis aí situados sejam titulados por tabelião neerlandês, como vimos *supra* (nota n.º 601).

Como é notório, o projecto está muito bem desenhado e apresenta respostas adequadas aos problemas inerentes à elaboração em certo Estado de um negócio real sobre imóvel situado no estrangeiro. Se bem atentarmos, embora o projecto pressuponha que a solução está na cooperação internacional de conservadores, os problemas são combatidos, essencialmente, *quer* pelo fornecimento ao notário de informação credível sobre o prédio e sobre o sistema jurídico do Estado territorial, *quer* pela indicação de assistentes administrativos acreditados, capazes de assumir as tarefas que pressuponham presença física no Estado de situação da coisa.

Ainda assim, e não obstante a simplicidade e eficácia do projecto (cujo alargamento a mais Estados-Membros teria um efeito muito positivo no estabelecimento do mercado único), cremos que o mecanismo não resolve todos os problemas, subsistindo dificuldades.

Em primeiro lugar, o CROBECO está fadado a ser um projecto-piloto entre *alguns* Estados-Membros e apenas quando se preencherem certas condições: não é generalizável a toda a União Europeia, pois emergem *três grandes dificuldades*. Por um lado, lembre-se não ser possível que França ou a Holanda recebam escrituras elaboradas além-fronteiras, porquanto a sua legislação expressamente o proíbe, o que inviabiliza a respectiva participação na qualidade de *receiving countries*. Por outro lado, nos Estados-Membros onde a exigência de escritura pública constitui norma de aplicação necessária e imediata (expressa ou implícita), jamais se poderão aceitar títulos de países onde não actuem notários latinos, o que condiciona a participação da Irlanda ou Suécia quanto a prédios situados em países onde não vigorem tais regras. Por fim, os Estados-Membros cuja Lei exija um negócio real celebrado perante autoridade territorial (como sucede na Alemanha) verão inútil a sua participação como *receiving country*, pois o título exarado no estrangeiro será insuficiente para a produção do efeito real: apesar do negócio obrigacional realizado no estrangeiro, sempre as partes seriam forçadas a comparecer ou fazer-se

representar no Estado de situação do prédio, anulando as vantagens da exaração [19].

Em segundo lugar, o CROBECO assumiu a sua própria falência. Na verdade, quando na última fase o projecto veio a estabelecer uma estrutura de assistentes operacionais no Estado da situação da coisa, está a reconhecer que o sistema de fornecimento de informação ao titulador e a rede de colaboração entre notário e conservador não são suficientes, pois sempre será necessário ter alguém no Estado territorial que possa desempenhar tarefas que exijam presença física. Ora, tal facto esvazia o projecto, porquanto na verdade, o mecanismo acaba por se reconduzir à situação actual: se notário do país A for chamado a titular negócio real sobre imóvel no Estado B, na prática estará forçado a solicitar a colaboração de um sujeito nesse país que possa prestar-lhe assistência (com probabilidade, um notário desse Estado). Isto é justamente o que faz o CROBECO, pelo que a novidade se limita à organização informática de informação.

2.2. *EUFides — Facilitating real estate transactions in Europe* [20]

Porventura respondendo à iniciativa dos conservadores, o CNUE (*Council of the Notariats of the European Union*) apresentou em Setembro de 2012 um projecto muito similar, substituindo a cooperação de conservadores por um mecanismo de colaboração de notários de *civil law* de Estados-Membros diferentes. O objectivo é a outorga de escrituras públicas fora das fronteiras do Estado cuja Lei é aplicável à substância do negócio e aos efeitos reais, mas que sejam

[19] Sobre as leis nacionais que restringem os negócios sobre imóveis aos notários do Estado onde a coisa se situa, *vide supra* nota n.º 601; sobre a natureza necessária e imediata das normas que prescrevem solenidade notarial como formalidade *ad substantiam, vide* o que dissemos pp. 274ss; sobre a restrição, na Alemanha, do negócio real translativo às autoridades de situação da coisa, cfr. *supra* nota n.º 607.

[20] O projecto é descrito mais detidamente na internet, via http://www.notaries-of-europe.eu/services/services-for-citizens/eufides. Na doutrina, *vide* Isidoro Antonio Calvo Vidal, "La Circulación del Documento Público Notarial", *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado — Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo I — Derecho de la persona, familia y sucesiones, ed. Lorenzo Prats Albentosa, Consejo General del Notariado — Wolters Kluwer España, Madrid, 2013, pp. 49-96, pp. 84ss.

dotadas no mesmo nível de segurança e eficácia que seria conferido caso as partes se houvessem dirigido a um notário do Estado de situação do prédio.

Como este mecanismo está desenhado, subsiste uma diferença fundamental do seu arquétipo: se no projecto CROBECO se pretende que, em princípio, a *lex contractus* seja a Lei do Estado onde o negócio é celebrado (reservando à *lex rei sitae* apenas os aspectos reais), no projecto EUFides sustenta-se dever ser aplicada à substância do negócio também a *lex rei sitae*, criando uma unidade de regulação pelo sistema jurídico da situação da coisa [21]. Vejamos em que se analisa este mecanismo.

Em primeiro lugar, o CNUE organiza e publica uma lista de tabeliães explicitando as línguas que dominam (*o Directório Europeu de Notários*). Assim, as partes podem começar por indagar se, *no Estado da situação da coisa*, existe oficial público que possa exarar o título na língua conhecida pelas partes (se a *lex auctoris* o permitir) ou, pelo menos, emitir uma versão do título nessa língua. Isto é, o EUFides assenta num princípio de redacção do título em duas línguas: os idiomas oficiais do Estado de situação da coisa e do país onde o negócio é realizado. De seguida, escolhem, para formalização do negócio, um notário da sua confiança, provavelmente no Estado da sua residência, indicando-lhe o tabelião do Estado territorial que seleccionaram no Directório [22]. Isto é, repare-se, o EUFides supõe a designação pelas partes de *dois notários:* um do país de situação da coisa e outro do Estado onde as partes querem contratar.

---

[21] Neste sentido, id., "La Circulación...", p. 85.

[22] O Directório Europeu de Notários encontra-se disponível na internet, *via* www.notaries-directory.eu.

Como vimos *supra*, a actividade notarial obedece ao princípio *auctor regit actum*, pelo que é a Lei do Estado que delegou fé pública no tabelião que determina a viabilidade de serem exarados documentos públicos em língua estrangeira. A este princípio do carácter bilingue do título acresce, portanto, o princípio da livre escolha do notário — id., "La Circulación...", p. 85; PEDRO CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, "Los documentos notariales en los nuevos reglamentos europeos: el Reglamento de sucesiones y la propuesta de Reglamento de régimen económico matrimonial y la de efectos patrimoniales de las parejas registradas", *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, ed. MARIA FONT I MAS, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 183-234, p. 219.

Uma vez apontados os dois notários, o mecanismo EUFides principia pela celebração de um *protocolo de colaboração notarial internacional* entre os tabeliães, contrato em suporte electrónico nos termos do qual cada notário agirá de acordo com o regime disciplinar do Estado onde actua e se delimitam as respectivas responsabilidades [23]. De seguida, o notário do Estado onde o negócio será realizado (cuja Lei não será a *lex contractus*) desenvolverá comunicação totalmente telemática com o notário do país de situação da coisa, solicitando informação sobre os requisitos que a *lex rei sitae* impõe para a transmissão ou constituição do direito real (*v. g.*, consulta do registo; articulação com a matriz, pagamento de impostos, exigência de licenças, etc.) e as obrigações assumidas pelas partes nos termos dessa lei. O notário do Estado de situação da coisa emitirá então um *"document notification"* com a informação requerida (designadamente ilustrando o conteúdo da Lei do Estado territorial e explicitando os deveres do tabelião titulador naquele negócio), enviando toda a informação necessária à elaboração do documento nos termos da *lex rei sitae* (obterá e enviará certidões registais e matriciais, licenças de utilização, etc.). Faz-se, assim um *controlo de equivalência,* onde tabelião do Estado de situação do prédio *controla* o cumprimento de todos os requisitos de que depende a plena aceitação, nesse país, do documento notarial estrangeiro [24]. Ademais, o notário da situação da coisa passa a acompanhar todo o processo, auxiliando a sua conclusão (pagando impostos, verificando diariamente alterações na situação registal do prédio, etc.) [25].

Como se percebe, o conselho especializado notarial passa a ser repartido: o tabelião local fará o controlo da legalidade no que concerne a todos os problemas cometidos às partes (designadamente a sua

[23] O CNUE publica modelos do *protocolo de colaboração,* com cláusulas-tipo a ser inseridas pelos dois notários.

[24] Cfr. BARBARA PASA, "La propuesta de reglamento sobre libre circulación de los 'documentos públicos' en la Unión Europea y el notariado latino", *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, ed. MARIA FONT I MAS, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 151-182, p. 181.

[25] Isto é, a colaboração pretende que o notário do Estado da situação da coisa envie informação sobre *Lei aplicável* (quer aos aspectos reais, quer às obrigações negociais, com especial destaque para as obrigações cometidas ao sujeito titulador), *informação registal e cadastral* sobre o prédio e ainda *outra documentação necessária à transacção,* a obter por força da *lex rei sitae.*

capacidade e legitimidade para celebração); já o notário do Estado de situação da coisa verificará o cumprimento de todos os requisitos impostos pela *lex situs* para a produção do efeito real e para a assunção das obrigações. Ademais, pode concluir-se que a modelação do EUFides reconhece (independentemente dos esforços de eliminação de obstáculos para, a partir do estrangeiro, aceder a informação predial, contactar com autoridades públicas, obter licenças ou pagar impostos) ser mais fácil e seguro ter a intermediação de um notário no Estado territorial, conhecedor do sistema jurídico do país onde prédio se situa [26].

A redacção do documento (um único documento público, note-se) cabe ao notário do local de celebração do negócio, seguindo as solenidades próprias da sua Lei (*auctor regit actum),* envolvendo ainda outras obrigações a que a *lex rei sitae* obrigue para produção do efeito real (designadamente indicando no título os elementos que a *lex situs* determine como necessários — meios de pagamento; requisitos de acesso ao registo; advertência sobre a participação de mediadores imobiliários; etc.). Não obstante ser exarado apenas por este tabelião, beneficia da sabedoria e actividade dos dois notários (cujas assinaturas são apostas ao documento), o que torna possível o cumprimento de todas as obrigações acessórias que a *lex rei sitae* faça impender sobre o titulador [27].

A exaração do título pelo notário do local da celebração pode gerar dificuldades se o Estado de situação da coisa não aceitar a celebração do negócio por tabelião estrangeiro (casos da Holanda e de França). Nestes casos, prevê-se a aposição de *"una cláusula de apoderamiento que faculte al notario nacional para llevar a cabo todas aquellas actuaciones que, siento complementarias, resulten precisas en el Estado de destino de acuerdo con el proprio ordenamiento"* [28].

Depois de outorgado o documento, o notário do Estado da situação da coisa tomará as rédeas do processo para a promoção do Registo,

[26] Cfr. Isidoro Antonio Calvo Vidal, "La Circulación...", p. 91.

[27] José Rodríguez Calvo, "Las transacciones inmobiliarias en España realizadas por extranjeros", *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, ed. Maria Font i Mas, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 385-398, p. 395.

[28] sidoro Antonio Calvo Vidal, "La Circulación...", p. 94; José Rodríguez Calvo, "Las transacciones...", p. 397.

eventual liquidação e pagamento de impostos ou notificação às autoridades municipais, nos termos estabelecidos pela *lex rei sitae*.

Como se percebe, a proximidade deste mecanismo com o CROBECO é evidente, sendo praticamente sobreponíveis. Simplesmente, naquele a cooperação desenvolve-se entre conservadores (que fornecem ao notário titulador a informação requerida) ao passo que neste a cooperação é desenvolvida perante notários.

Comparando os projectos, o EUFides parece mais rápido e célere, porquanto não envolve o conservador antes de concluído o negócio; todavia, as garantias das partes na registabilidade do documento serão um pouco menores, porquanto não foram as autoridades registais a indicar os passos necessários para que a inscrição viesse a ser aceite.

Ainda assim, julgamos que o mecanismo padece de um inultrapassável defeito: ele não é, de facto, o que apresenta. Na verdade, se bem atentarmos, o projecto consiste na delegação de funções do notário do Estado de residência das partes ao tabelião onde do país onde a coisa se situa: na prática, o negócio será por ele modelado (pois é ele quem domina os requisitos impostos pela *lex rei sitae*, que é simultaneamente *lex contractus*), embora as partes se valham da intermediação de um oficial que conhecem e fala a sua língua.

Isto é, o mecanismo EUFides é pouco diferente da situação em que as partes são assistidas por um advogado junto do notário do Estado da situação da coisa, que será responsável pela titulação.

2.3. *IMOLA — Interoperability Model for Land Registers* [29]

O problema abordado pela *ELRA* (European Land Registry Association) no projecto IMOLA foi o acesso efectivo à informação do Registo Predial dentro da UE. Devido aos problemas tratados anteriormente (especialmente as diferenças na legislação nacional, as divergências inerentes à prática do registo predial e o facto de os registos serem codificados em diferentes formatos apenas acessíveis através de protocolos proprietários e não-padronizados).

[29] O projecto é descrito na internet, via https://www.elra.eu/imola-ii/.

Deste modo, o IMOLA pretende construir um meio padrão de acesso à informação básica do registo predial dentro da UE, juntamente com material explicativo de sistemas legais estrangeiros. Depois de realizar pesquisas sobre os pontos comuns de cada sistema nacional, o projecto visa fornecer soluções de interoperabilidade através de um modelo de saída de registo de terra padronizado: o *Documento de Registro Predial Europeu (ELRD).* O ELRD formula informação de referência dentro de uma estrutura de campos comuns (Template), desenvolvida através de um esquema XSD/XML que permite o processamento semiautomático da informação através de regras partilhadas com meta dados derivados de um thesaurus.

Na última versão do projecto (IMOLA II) — após o desenvolvimento do ELRD — o objectivo é fornecer uma plataforma de interoperabilidade entre Registos Prediais na Europa, através do Portal E-Justice e ligado directamente ao domínio semântico representado pelos vocabulários, glossários e thesaurus controlados pelo IMOLA.

A abordagem seguida pelo IMOLA é, portanto, diferente da acima referida: em vez de criar mecanismos de reforço da cooperação entre funcionários de diferentes Estados-Membros através de ferramentas e-justiça, o IMOLA pretende construir uma unificação digital da Informação do Registo Predial, permitindo que um Notário ou um Conservador Predial de um determinado Estado-Membro tenha acesso aos dados necessários no estrangeiro.

3. CONCLUSÕES

É evidente que nenhum dos projectos analisados é suficiente para resolver todos os problemas relativos à contratação internacional imobiliária dentro da União Europeia: estas soluções de *e-justice* não são suficientes para superar todas as dificuldades e, por outro lado, envolvem várias insuficiências [30].

No entanto, a existência destes projectos mostra que existe uma tendência para resolver as dificuldades de cooperação internacional

[30] Para uma abordagem crítica a estas soluções, cf. AFONSO PATRÃO, *Autonomia Conflitual...*, pp. 668ss.

entre autoridades não judiciárias através de ferramentas de *E-Justice*. O que significa que os mecanismos de *E-Justice* estão a ser reforçados não só no âmbito da cooperação civil *entre tribunais*, mas também entre outras autoridades cuja intervenção se destina a evitar litígios — como Notários e Registradores.

BIBLIOGRAFIA

ANCEL, PASCAL, *Droit des sûretés*, 2.ª Edição, Éditions Litec, Paris, 2000

ARRIETA SEVILLA, LUIS JAVIER, "La inscribilidad de escrituras públicas extranjeras a la luz de la primera doctrina hipotecaria", *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, ed. MARIA FONT I MAS, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 399-429

BALLARINO, TITO, "Norme di Applicazione Necessaria e Forma degli Atti", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno III, 1967, pp. 707-729

BOGDAN, MICHAEL, "Do Swedish Civil Status Records Qualify to be Recognized in the Other EU Member States?", *Liber Amicorum Ole Lando*, ed. MICHAEL JOACHIM BONELL, MARIE-LOUISE HOLLE E PETER ARNT NIELSEN, DJØF, Copenhaga, 2012, pp. 59-67

BRANCÓS NÚÑEZ, ENRIQUE, "El europeísmo equivocado de la sentencia 391/06, de 22 noviembre de 2006, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección cuarta", *La Notaría*, n.º 37-38, 2007, pp. 119-150

BUREAU, DOMINIQUE/MUIR WATT, HORATIA, *Droit international privé*, vol. II, Partie spéciale, 2.ª Edição, Presses Universitaires de France, Paris, 2010

CABRILLAC, MICHEL/MOULY, CHRISTIAN, *Droit des Sûretés*, 5.ª Edição, Éditions Litec, Paris, 1999

CALLÉ, PIERRE, *L'acte public en droit international privé*, Economica, Paris, 2004

——, "L'acte authentique établi à l'étranger — Validité et exécution en France", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 94, n.º 3, 2005, pp. 377-412

CALVO VIDAL, ISIDORO ANTONIO, "La Circulación del Documento Público Notarial", *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado — Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo I — Derecho de la persona, familia y sucesiones, ed. LORENZO PRATS ALBENTOSA, Consejo General del Notariado — Wolters Kluwer España, Madrid, 2013, pp. 49-96

CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, "Derechos Reales (Capítulo XXIX)", *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12.ª Edição, ed. ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, Ed. Comares, Granada, 2011, pp. 863-912

COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Verde "O crédito hipotecário na UE" — COM(2005)327 Final*, Bruxelas, 2005

COUNCIL OF THE NOTARIATS OF THE EUROPEAN UNION, *CROBECO Project — Position of the Notaries of Europe (18 de Novembro de 2011)*, disponível na internet via http://www.notaries-of-europe.eu/files/position-papers/2011/Position-CNUE-CROBECO-18-11-11-final-EN.pdf, consultado em 17 de Julho de 2015

CRÔNE, RICHARD, "La réception d'un acte authentique étranger en France", *Mélanges en l'Honneur de Mariel Revillard — Liber amicorum*, Defrénois, Paris, 2007, pp. 77-96

DROZ, GEORGES A. L., *La compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la Communauté économique européenne selon la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Dalloz, Paris, 1972

——, "Problèmes soulevés par l'établissement, en Angleterre ou aux Etats-Unis, d'un mandat d'hypothéquer un immeuble français", *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, Paris, 1991, pp. 93-101

——, "L'Activité Notariale Internationale", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 280, 1999, pp. 9-133

EUROPEAN LAND REGISTRY ASSOCIATION, *Common Conveyancing Reference Framework*, disponível na internet via http://www.eurogeographics.org/sites/default/files/CommonConveyancingReferenceFramework.pdf, consultado em 1 de Julho de 2015

FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS/SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO, *Curso de Derecho Internacional Privado*, 3.ª Edição, Editorial Civitas, Madrid, 1996

FITCHEN, JONATHAN, "«Recognition», Acceptance and Enforcement of Authentic Instruments in the Succession Regulation", *Journal of Private International Law*, vol. 8, n.º 2, 2012, pp. 323-358

FOËX, BENEDICT, "L'Eurohypothèque", *L'Européanisation du droit privé: Vers un Code civil européen?*, ed. FRANZ WERRO, Editions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1998, pp. 481-496

GARCÍA DE PARADA, PEDRO CARRIÓN, "Los documentos notariales en los nuevos reglamentos europeos: el Reglamento de sucesiones y la propuesta de Reglamento de régimen económico matrimonial y la de efectos patrimoniales de las parejas registradas", *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, ed. MARIA FONT I MAS, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 183-234

GEIMER, REINHOLD, "Eintragungsfähigkeit einer von einem deutschen Notar errichteten Kaufvertragsurkunde im spanischen Eigentumsregister", *IPRax — Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, n.º 5, 2013, pp. 479-481

GOJON, JEAN-FRANÇOIS, "Loi réelle et loi de la créance dans le crédit hypothécaire: un concours encore incertain", *Mélanges en l'Honneur de Mariel Revillard — Liber amicorum*, Defrénois, Paris, 2007, pp. 169-181

GORÉ, MARIE, "L'Acte Authentique en Droit International Privé", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1998-1999, pp. 23-48

GRUPO-FÓRUM RELATIVO AO CRÉDITO HIPOTECÁRIO, *The Integration of the EU Mortgage Credit Markets — Report of the Forum Group on Mortgage Credit*, Comissão Europeia, disponível na internet via http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/home-loans/2004-report-integration_en.pdf, consultado em 20 de Agosto de 2012

GUERREIRO, J. A. MOUTEIRA, *Publicidade e Princípios do Registo*, Temas de Registos e de Notariado, Almedina, Coimbra, 2010

KANZLEITER, "§925", *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Vol. 6, 6.ª Edição, ed. ROLAND RIXECKER E FRANZ JÜRGEN SÄCKER, Beck, München, 2013, n.º 1-56

MORTGAGE FUNDING EXPERT GROUP, *Report of 22 December 2006*, Comissão Europeia, disponível na internet via http://ec.europa.eu/internal_market, consultado em 29 de Setembro de 2012

NOURISSAT, CYRIL/CALLÉ, PIERRE/PASQUALIS, PAOLO/WAUTELET, PATRICK, "Pour la reconnaissance des actes authentiques au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice", *Petites Affiches*, n.º 68, 4 de Abril de 2012, 2012, pp. 6ss

NÚÑEZ IGLESIAS, ÁLVARO, "El préstamo hipotecario transfronterizo: la eurohipoteca", *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, n.º 93, 2001, pp. 369-383

PAMBOUKIS, CHARALAMBOS, *L'Acte Public Étranger en Droit International Privé*, LGDJ, Paris, 1993

——,"Les actes publics et la méthode de reconnaissance", *La Reconnaissance des situations en droit international privé*, ed. PAUL LAGARDE, Pedone, Paris, 2013, pp. 133-146

PARLAMENTO EUROPEU, *Comparative Study on Authentic Instruments, National Provisions of Private Law, Circulation, Mutual Recognition and Enforcement, Possible Legislative Initiative by the European Union*, Study of the European Parliament n.º IP/C/JURI/IC/2008-019, (PE/408329), elaborado pelo Council of the Notariats of the European Union, disponível na internet via http://www.cnue-nouvelles.be/en/000/actualites/aae-etude-acte-authentique-final-25-11-2008-en.pdf, consultado em 6 de Dezembro de 2012

PASA, BARBARA, "La propuesta de reglamento sobre libre circulación de los 'documentos públicos' en la Unión Europea y el notariado latino", *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, ed. MARIA FONT I MAS, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 151-182

PATRÃO, AFONSO, *Autonomia conflitual na hipoteca e reforço da cooperação internacional: removendo obstáculos ao mercado europeu de garantias imobiliárias*, Livros Horizonte, Lisboa, 2017

PAU PEDRÓN, ANTONIO, "The Register as an Instrument of Security in Property Transactions", *Land Law in Comparative Perspective*, ed. ELENA SÁNCHEZ JORDÁN E ANTONIO GAMBARO, Kluwer Law International, Haia, 2002, pp. 87-95

PLANIOL, MARCEL/RIPERT, GEORGES, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, Tomo XII, 1ère partie, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1927

PLOEGER, HENDRIK/VAN LOENEN, BASTIAAN, "EULIS — At the Beginning of the Road to Harmonization of Land Registry in Europe", *European Review of Private Law*, vol. 12, n.º 3, 2004, pp. 379-387

——,"Harmonization of Land Registry in Europe", *TS18 — Comparative Aspects of Land Administration Systems, From Pharaohs to Geoinformatics*, 2005, disponível na internet via http://www.fig.net/pub/cairo/papers/ts_18/ts18_02_ploeger_vanloenen.pdf, consultado em 28 de Dezembro de 2012, pp. 1-12

——,*Response to the Green Paper on Mortgage Credit in the EU*, disponível na internet via http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/home-loans/comments/priv-nl_ploeger_vanloenen-en.pdf, consultado em 9 de Julho de 2015

——,"The European Real Estate Market — Transparency, Security and Certainty through registration by EuroTitle", *The Future of European Property Law*, ed. SJEF VAN ERP, ARTHUR SALOMONS E BRAM AKKERMANS, Sellier European Law Publishers, Munique, 2012, pp. 183-198

REVILLARD, MARIEL, *Droit International Privé et Communautaire: Pratique Notariale*, 6.ª Edição, Defrénois, Paris, 2006

RODRÍGUEZ CALVO, JOSÉ, "Las transacciones inmobiliarias en España realizadas por extranjeros", *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, ed. MARIA FONT I MAS, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 385-398

SÁNCHEZ JORDÁN, ELENA, "Garantías sobre Bienes Inmuebles: La Eurohipoteca", *Derecho Privado Europeo*, ed. SERGIO CÁMARA LAPUENTE, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 987-1007

——,"La Eurohipoteca", *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III, ed. ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ, Thomson — Civitas, Madrid, 2003, pp. 4277-4297

SCHMID, CHRISTOPH/HERTEL, CHRISTIAN, *Real Property Law and Procedure in the European Union — General Report*, European University Institute; European Private Law Forum; Deutsches Notarinstitut, disponível na internet via http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/GeneralReport.pdf, consultado em 21 de Novembro de 2012

STÖCKER, OTMAR/STÜRNER, ROLF, *Flexibilität, Sicherheit und Effizienz der Grundpfandrechte in Europa*, Band III, 3.ª Edição, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlin, 2012

STRUYCKEN, A. V. M., "Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1992-I, Tomo 232, 1992, pp. 257-383

TERNER, PAUL, "Perspectives of a European Law of Succession", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 14, n.º 2, 2007, pp. 147-178

VIGNAL, THIERRY, "Réflexions sur le crédit immobilier en droit international privé", *Mélanges Michel Cabrillac*, LITEC, Paris, 1999, pp. 545-557

WACHTER, THOMAS, "La garantie de crédit transfrontalier sur les immeubles au sein de l'Union européenne — L'Eurohypothèque", *Notarius International*, vol. 4, n.º 4, 1999, pp. 174-188

WEHRENS, HANS G., "Real Security regarding Immovable Objects — Reflections on a Euro-Mortgage", *Towards a European Civil Code*, 3.ª Edição, ed. ARTHUR HARTKAMP, MARTIJN HESSELINK, EWOUD HONDIUS, CARLA JOUSTRA, EDGAR DU PERRON E MURIEL VELDMAN, Kluwer Law International, Haia, 2004, pp. 769-783

WEISS, ANDRÉ, *Manuel de Droit International Privé*, 5.ª Edição, Sirey, Paris, 1905

AVERBAÇÃO DA SERVIDÃO AMBIENTAL E PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE

CALEB MATHEUS RIBEIRO DE MIRANDA

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DA PROTEÇÃO DO MEIOAMBIENTE. 3. A SERVIDÃO AMBIENTAL. 4. FORMA DE INSTITUIÇÃO DA SERVIDÃO AMBIENTAL. 5. DA TRANSFERÊNCIA DA SERVIDÃO AMBIENTAL. 6. DA DESNECESSIDADE DE APROVAÇÃO DA COMPENSAÇÃO DE RESERVA LEGAL PARA FINS DE TRANSFERÊNCIA DA SERVIDÃO AMBIENTAL. 7. DA PROTEÇÃO AMBIENTAL NO ÂMBITO DA QUALIFICAÇÃO DA SERVIDÃO AMBIENTAL PELO REGISTRO DE IMÓVEIS. 8. CONCLUSÕES. BIBLIOGRAFIA.

1. INTRODUÇÃO

O Registro de Imóveis é o órgão do direito civil com função de proteger e garantir, em favor da sociedade, a disponibilidade de informações sobre os direitos reais sobre bens imóveis. Tradicionalmente, sua atividade fica circunscrita à identificação dos direitos reais, atuando em sua constituição, modificação e extinção, como forma de controle da legalidade dos atos jurídicos relativos aos imóveis.

Contudo, em razão da eficiência do controle realizado, bem como da exata delimitação de sua competência, decorre que os Registros de Imóveis constituem, em atendimento à sua própria função principal, local adequado à obtenção das informações em questão por qualquer pessoa que tenha potencial interesse em conhecê-las. A publicidade registral é oponível *erga omnes*, não podendo ser oposta a quaisquer terceiros, justamente porque é a forma própria de notícia sobre esses fatos.

Dada a eficiência e os efeitos consequentes da inclusão de certa informação no acervo registral imobiliário, a legislação restringe os atos que podem ter ingresso em seu conteúdo, em decorrência dos efeitos consequentes da publicidade. Relações obrigacionais, como regra, não adentram no fólio registral, justamente porque não produzem efeitos perante terceiros. Excepcionam-se, contudo, as

GESTLEGAL

obrigações que possuam eficácia real, justamente porque o caráter oponível a todos os terceiros é utilmente realizado por meio da publicidade registral.

A proteção do meio ambiente, em sentido estrito, não é função do Registro de Imóveis. Questões relativas a desmatamento, proteção de reserva legal, áreas de preservação permanente, etc, não estão diretamente relacionadas à identificação dos direitos reais incidentes sobre o imóvel. Mas a sua inclusão no acervo registrário é, em certos casos, recomendada, especialmente por três razões: em primeiro lugar, porque o cumprimento de certas obrigações ambientais poderá ser exigido do adquirente; em segundo lugar, porque eventuais restrições ao uso do solo afetarão o exercício da propriedade; em terceiro lugar, porque eventual contaminação da área poderá tornar indesejável, quando não proibitivo, o seu uso para certas finalidades, do que se deve dar notícia a terceiros interessados.

O objetivo do presente trabalho é a identificação do modo de proteção do meio ambiente por meio da instituição de servidão ambiental. Serão analisados o seu conceito, natureza, forma e requisitos para a instituição.

2. DA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, Lei n.º 6.938/1981, define meio ambiente do seguinte modo:

> Art 3.º — ...
> I — meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

O meio ambiente pode ser dividido em natural — decorrente da interrelação de processos e biomas naturais —, artificial — decorrente da atividade humana — e cultural — que envolve as relações artísticas, culturais, históricas, etc. Para o âmbito de nosso trabalho, as referências a meio ambiente devem ser compreendidas como feitas ao meio ambiente natural.

O meio ambiente é bem comum. Trata-se de direito de todos, cabendo ao Poder Público e à coletividade a sua defesa e preservação, com ênfase na sua fruição pelas presentes e futuras gerações.

A Constituição Federal assim dispõe sobre a sua proteção:

> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
>
> ...
>
> VI — proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;
>
> ...
>
> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá — lo para as presentes e futuras gerações.
>
> §1.º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
>
> I — preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
>
> ...
>
> VII — proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Verifica-se que a proteção ao meio ambiente envolve, especialmente, a defesa dos ecossistemas, de forma a que a fauna e a flora sejam preservadas, e os benefícios decorrentes de todos os processos naturais realizados pela criação sejam usufruídos por todos os seres humanos.

3. A SERVIDÃO AMBIENTAL

A servidão ambiental é um dos instrumentos aptos à efetivação do mandado constitucional de proteção de fauna e flora em certa e delimitada porção do território nacional que esteja com seu ecossistema preservado. Pela servidão ambiental, impõe-se ao titular de um imóvel uma limitação à sua utilização, com o fim de preservar

GESTLEGAL

os processos naturais e a biodiversidade de parcela ou da totalidade do imóvel.

Pode-se conceituar a servidão ambiental como forma de restrição voluntária ao direito de propriedade, por meio da qual o proprietário que possui excedente de reserva legal se obriga a conservá-lo.

Nos exatos termos da Lei n.º 6.938/1981, temos que:

> Art. 9.º-A. O proprietário ou possuidor de imóvel, pessoa natural ou jurídica, pode, por instrumento público ou particular ou por termo administrativo firmado perante órgão integrante do Sisnama, limitar o uso de toda a sua propriedade ou de parte dela para preservar, conservar ou recuperar os recursos ambientais existentes, instituindo servidão ambiental.

Trata-se, portanto, de limitação voluntariamente imposta ao uso de parte ou totalidade do imóvel com o fim de preservação, conservação ou recuperação de recursos ambientais.

Importa notar, ainda, que a servidão ambiental não se enquadra, em sua totalidade, no conceito tradicional de servidão, uma vez que o instituto se caracteriza, como regra, pela imposição de restrição ao uso do imóvel ou obrigação por parte de seu proprietário em proveito de outro imóvel, pertencente a outra pessoa. É dizer, na servidão comum, como regra, há um imóvel dominante e um imóvel serviente, enquanto na instituição da servidão ambiental só há imóvel serviente, restrito em sua utilização em favor de um interesse social relevante.

A circunstância, contudo, não é exclusiva da servidão ambiental. Também a servidão administrativa é imposta a um imóvel, como regra, sem que haja um imóvel que possa ser tido propriamente como dominante. Em ambos os casos, a restrição ao uso do imóvel se dá em benefício de interesse social relevante. A principal diferença, contudo, é que a servidão ambiental decorre de submissão voluntária do proprietário à preservação do meio ambiente, ao passo que a servidão administrativa é, como regra, imposta ao titular do imóvel.

Se a servidão ambiental é sempre voluntária, isso implica dizer que ela não pode abranger áreas de obrigatória preservação. Destarte, sobre a área que corresponde à reserva legal, ou que se constitui em Área de Preservação Permanente, não é possível a instituição de servidão

ambiental, justamente porque inexiste a voluntariedade na preservação ambiental.

A circunstância possui importância substancial pelo regime jurídico decorrente da instituição de servidão ambiental. A servidão pode ser utilizada, sob certos parâmetros, para compensação ambiental de outro imóvel. A compensação decorre da existência de excedente de preservação em certa área, e insuficiente área de preservação em outra propriedade. Só pode ser considerado excedente, por razão lógica, aquilo que excede à obrigação legalmente imposta de preservação do meio ambiente.

4. FORMA DE INSTITUIÇÃO DA SERVIDÃO AMBIENTAL

A instituição da servidão ambiental sofreu mudança significativa com o advento do Novo Código Florestal (Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012), que modificou a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981), especialmente, no que importa a esse trabalho, os artigos 9.º-A a 9.º-C.

Anteriormente à modificação legislativa ocorrida, a previsão de instituição de servidão ambiental era tratada pelo artigo 9.º-A, cuja redação indicava a necessidade, para a instituição, de anuência do órgão ambiental competente [1]. A nova redação indica que a instituição da servidão ambiental se dará por meio de "por instrumento público ou particular ou por termo administrativo firmado perante órgão integrante do Sisnama" [2], não havendo menção à necessidade de intervenção do órgão ambiental.

---

[1] BRASIL. Lei n.º 6.938/1981, art. 9.º-A, redação anterior. Mediante anuência do órgão ambiental competente, o proprietário rural pode instituir servidão ambiental, pela qual voluntariamente renuncia, em caráter permanente ou temporário, total ou parcialmente, a direito de uso, exploração ou supressão de recursos naturais existentes na propriedade.

[2] BRASIL. Lei n.º 6.938/1981, Art. 9o-A. O proprietário ou possuidor de imóvel, pessoa natural ou jurídica, pode, por instrumento público ou particular ou por termo administrativo firmado perante órgão integrante do Sisnama, limitar o uso de toda a sua propriedade ou de parte dela para preservar, conservar ou recuperar os recursos ambientais existentes, instituindo servidão ambiental.

GESTLEGAL

Verifica-se que a aprovação do órgão ambiental para a instituição da servidão era, no plano teórico, efetivamente desnecessária. Não havia justificativa plausível para que, para impor uma limitação ao uso de parcela delimitada do solo para fins de preservação ambiental fosse necessária anuência do órgão ambiental, uma vez que a destinação da área para proteção ambiental, conquanto pudesse não ocorrer uma maior preservação do meio ambiente com sua restrição, se, por exemplo, a área estivesse desmatada, era improvável que houvesse prejuízo ambiental com sua instituição.

Qual era, então, a justificativa para a exigência de aprovação ambiental para a instituição do regime de servidão ambiental antes da mudança legislativa? O fato é que, apesar da servidão ambiental ser instituto com finalidade, em um plano ideal, notadamente altruísta, em que alguém renuncia a certas faculdades com relação à sua propriedade em benefício da coletividade e das futuras gerações, fato é, por outro lado, que na generalidade dos casos a servidão ambiental era instituída para permitir a utilização do excedente de reserva na compensação do déficit de reserva em outras propriedades, quer do próprio titular, quer de terceiro, e, para que essa compensação seja possível, aí então está se falando de potencial prejuízo ambiental pela ausência de aprovação. Era por essa razão que o legislador exigia a aprovação ambiental para fins de instituição da servidão ambiental.

No modelo atual, a aprovação não se faz necessária para a instituição, mas, como veremos adiante, será necessária para a compensação ambiental, de forma a permitir que a proteção do meio ambiente ocorra de modo efetivo.

Entendemos que a sistemática presente possui maior coerência do ponto de vista teórico. Para instituição de servidão, é suficiente a vontade manifesta do interessado, ainda que em instrumento particular, que, após sua confecção, será apresentada ao Registro de Imóveis para fins de averbação na matrícula (art. 9.º-A, §4.º, inc. I, da Lei n.º 6.938/1981). Importa notar que a servidão ambiental, como todos os demais atos do Registro de Imóveis, está jungida ao princípio da especialidade do fato inscritível, que exige a delimitação exata de seu conteúdo, especialmente o prazo de vigência, se temporária ou perpétua (art. 9.º-B, caput, da Lei n.º 6.938/1981), sendo que, se for temporária, o prazo mínimo é de 15 anos (art. 9.º-B, §1.º), e a exata delimitação da área sobre a qual recai,

exigindo a lei, ainda, que pelo menos um dos pontos de amarração seja identificado por meio de georreferenciamento (art. 9.º-A, §1.º, inc. I, da Lei n.º 6.938/1981).

5. DA TRANSFERÊNCIA DA SERVIDÃO AMBIENTAL

A transferência da servidão ambiental é o ato por meio do qual há uma atribuição a terceiro do direito de se utilizar de uma servidão ambiental já instituída. Por meio da transferência, passa a haver, na servidão ambiental, um imóvel dominante (aquele em favor do qual a servidão será exercida) e um imóvel serviente (aquele sobre o qual recai a restrição ambiental correspondente).

Usualmente, realiza-se a transferência da servidão ambiental com o fim de que o proprietário do imóvel dominante possa utilizar-se do excedente de reserva legal para fins de compensação de eventuais déficits de reserva legal. O mercado de servidões ambientais parece ter se consolidado nesse sentido, sendo que, via de regra, os instrumentos apresentados são confeccionados como de instituição de servidão ambiental em imóvel específico em favor de terceiro, titular de imóvel diverso, como acontece nas servidões civis.

Importa ressaltar que a confecção do instrumento como instituição de servidão ambiental em favor de terceiro não nos parece que deva ser motivo para devolução. O artigo 113, §1.º, inc. V, do Código Civil, cuja redação foi dada pela Lei da Liberdade Econômica (Lei n.º 13.874/2019), prevê que, na interpretação dos contratos, deve-se lhe atribuir o sentido que "corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes" [3]. Desse

[3] BRASIL, Código Civil de 2002. Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

§1.º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:

> V — corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

modo, apresentado título de instituição de servidão ambiental em favor de terceiro, deve ser interpretado de modo a se extraírem da documentação a existência de dois negócios jurídicos: a instituição da servidão ambiental e a sua transferência a terceiro.

Questão importante que se coloca é qual o efeito jurídico da transferência da servidão ambiental. É isento de dúvidas que, na generalidade dos casos, o efeito pretendido com a transferência é a compensação ambiental. Contudo, identificamos que há, no caso, três momentos distintos, cujos requisitos são diversos.

Em um primeiro momento, há a instituição da servidão ambiental, à qual se procede por ato voluntário do proprietário do bem (art. 9.º-A, caput). Nesse momento, não mais se exige anuência do órgão ambiental. O ato a ser praticado no Registro de Imóveis é uma averbação (art. 9.º-A, §4.º, inc. I).

Em um segundo momento, há a transferência da servidão ambiental em favor de terceiros, por meio de acordo de vontade entre os proprietários (art. 9.º-B, caput). A legislação tampouco exige anuência do órgão ambiental para que essa transferência ocorra. O ato a ser praticado no Registro de Imóveis é, igualmente, uma averbação (art. 9.º-A, §4.º, inc. II).

Em um terceiro momento, há a verificação da potencialidade de utilização da área transferida em favor de terceiro para fins de compensação. Nesse momento, há uma série de requisitos a serem identificados, que não se vinculam à negociação entre as partes, mas ao atendimento de ambas as áreas aos requisitos previstos no Código Florestal. O ato a ser praticado no Registro de Imóveis é, igualmente, uma averbação (art. 9.º-A, §5.º).

Quanto à compensação ambiental, assim dispõe a Lei n.º 12.651/2012, com nossos destaques:

Art. 66. O proprietário ou possuidor de imóvel rural que detinha, em 22 de julho de 2008, área de Reserva Legal em extensão inferior ao estabelecido no art. 12, poderá regularizar sua situação, independentemente da adesão ao PRA, adotando as seguintes alternativas, isolada ou conjuntamente:

...

III — compensar a Reserva Legal.

...

§5.º A *compensação* de que trata o inciso III do caput deverá ser precedida pela inscrição da propriedade no CAR e *poderá ser feita mediante*:

...

II — *arrendamento de área sob regime de servidão ambiental* ou Reserva Legal;

...

§6.º As *áreas* a serem utilizadas para compensação na forma do §5.º deverão:

I — *ser equivalentes em extensão à área da Reserva Legal a ser compensada*;

II — *estar localizadas no mesmo bioma da área de Reserva Legal a ser compensada*;

III — *se fora do Estado, estar localizadas em áreas identificadas como prioritárias* pela União ou pelos Estados.

Identificamos que a efetiva compensação ambiental exige a verificação de requisitos cuja análise extrapola o âmbito do Registro de Imóveis. Conquanto seja factível a análise da equivalência em extensão entre a área transferida e a reserva legal a ser compensada (art. 66, §6.º, inc. I), a identidade ecológica, imposta como requisito para compensação pela legislação, consistente na localização no mesmo bioma, exige análise pelo órgão ambiental competente.

6. DA DESNECESSIDADE DE APROVAÇÃO DA COMPENSAÇÃO DE RESERVA LEGAL PARA FINS DE TRANSFERÊNCIA DA SERVIDÃO AMBIENTAL

Dada a natural vinculação entre a transferência da servidão ambiental e a intenção de compensação ambiental, questionou-se, com o advento da nova legislação, se a averbação da transferência da servidão ambiental exigiria a comprovação da compensação da reserva ambiental. A questão obteve relevância especialmente tendo em vista que o procedimento de análise da compensação da reserva legal não era realizado em prazo expedito, o que, na prática, terminava por

GESTLEGAL

condicionar a averbação da transferência ao ato administrativo consistente na aprovação ambiental.

Para identificar a necessidade ou desnecessidade de que ambos os atos fossem realizados em conjunto, foi verificado qual seria o efeito jurídico da averbação de transferência da servidão ambiental. Conquanto o objetivo da transferência seja, como regra, a compensação ambiental, é evidente que essa poderá não ocorrer, ainda que já tenha sido aprovada. É o caso, por exemplo, do imóvel serviente sofrer destruição na área transferida, por queimada, contaminação ambiental, ou outra razão, o que resultaria em que, ainda que aprovada a compensação pelo órgão ambiental, esta não ocorreria de fato.

Por outro lado, identificou-se que, com a transferência, o que ocorria era, efetivamente, a vinculação de uma área específica do imóvel serviente ao uso para fins ambientais por outro imóvel. É dizer, a efetiva compensação do déficit de reserva era um resultado possível da utilização da área do imóvel serviente para fins ambientais pelo imóvel dominante. Mas o direito de sua utilização para finalidade ambiental era, desde a transferência, certo. A efetiva compensação dependia da conservação da área do imóvel serviente e da verificação da identidade ecológica. Mas o direito a utilizar a área para fins ambientais era o que ressaltava na sua transferência.

Identificamos, portanto, que, com a instituição da servidão ambiental, surge uma restrição à utilização do imóvel pelo seu titular, juntamente com a criação de uma série de deveres voltados à sua preservação, por prazo determinado ou de modo perpétuo. O cumprimento ou o descumprimento dos deveres, contudo, não reflete na situação jurídica quanto à instituição da servidão. Eventual descumprimento dos deveres não faz com que a servidão deixe de estar instituída, ou que se desconstitua. A servidão ambiental é um ônus real imobiliário, que restringe o uso do solo, e obriga à sua preservação.

A transferência da servidão ambiental, por sua vez, é o ato por meio do qual é atribuído a terceiro o direito de utilizar-se de parcela delimitada de servidão ambiental instituída em imóvel alheio para fins ambientais. Poder-se-ia falar na instituição de um direito real próprio — direito real de utilização de área alheia para fim de compensação ambiental — porque, efetivamente, há um direito real que surge, e que, embora se assemelhe à servidão civil, dela se distingue em um aspecto: o proveito

obtido na servidão civil usualmente se vincula ao mundo dos fatos. É o direito de trânsito, de passagem de tubulação, a restrição à construção sob certas circunstâncias para preservação da paisagem, etc. Na servidão ambiental o proveito obtido é essencialmente jurídico: a potencial utilização da área para compensação ambiental.

Esse direito a utilizar a área para compensação ambiental, contudo, não se vincula à própria utilização para fins de compensação ambiental. Pode ocorrer que, ao fim e ao cabo, o órgão ambiental não aceite que a área instituída seja utilizada para compensação de reserva do imóvel. Nem por isso, contudo, há de se desfazer a transferência. Porque não é essencial à transferência a efetiva compensação da reserva legal, mas sim a potencial utilização para fins de compensação.

Alguns exemplos podem auxiliar na compreensão do raciocínio.

Imaginemos que Sílvio, verificando existir excedente de vegetação, decida instituir servidão ambiental no próprio imóvel, denominado Sítio Serviente. Décio, proprietário do imóvel Sítio Domínio, decide adquirir a servidão ambiental, com o fim de compensar a reserva legal de seu sítio. Após a aquisição da área, e a averbação da transferência na matrícula, o órgão ambiental deixa de aprovar a compensação ambiental, por inexistir identidade ecológica entre as duas áreas. Décio, com o fim de reaver o investimento realizado, decide ceder seu direito a César, proprietário do Sítio Cessionário, e, após a averbação dessa transferência, e levado o requerimento de compensação ao órgão ambiental, esse vem a aprová-lo, compensando-se, assim, a reserva legal.

Pensando ainda no mesmo exemplo, o que impediria que Décio adquirisse a servidão ambiental como investimento? O direito à utilização de parcela do imóvel para fins de compensação ambiental possui valor efetivo, que independe da utilização para fins de compensação naquele exato momento. Em nada prejudica o meio ambiente a transferência da servidão em favor de Décio, mesmo que este saiba que não possui intenção de compensar qualquer reserva legal própria, mas para transferi-la posteriormente a terceiro. Isso, na verdade, permite maior proteção ambiental, porque Sílvio recebeu já valor específico pela transferência, e estará obrigado à preservação do imóvel, ao passo que Décio terá ávido interesse em fiscalizar a efetiva preservação, para não perder seu investimento. A posterior utilização, quer por Décio para compensação de reserva em imóvel próprio, quer por César para compensação

no seu, após a transferência por Décio, serão objeto de análise em momento oportuno. Mas não há razão jurídica para se exigir a compensação ambiental para a realização da transferência.

Por essa razão, concluímos que não deve ser exigida aprovação ambiental quer para a instituição ou para a transferência da servidão ambiental, mas somente no momento da aprovação, pelo órgão ambiental, da sua utilização para fins de compensação.

7. DA PROTEÇÃO AMBIENTAL NO ÂMBITO DA QUALIFICAÇÃO DA SERVIDÃO AMBIENTAL PELO REGISTRO DE IMÓVEIS

Definida a existência de três momentos distintos relativos às servidões ambientais — instituição, transferência e compensação — é necessário identificar como se dá a proteção ambiental por meio da qualificação realizada pelo Registro de Imóveis em cada um desses momentos.

Quando da instituição da servidão ambiental, o Registro de Imóveis verificará, primordialmente, os seguintes requisitos: se constam como instituidores a totalidade dos proprietários do imóvel; se a área instituída está localizada dentro do imóvel; se não há sobreposição com áreas de reserva legal ou outras áreas de preservação obrigatória; se o memorial descritivo atende os requisitos legais; e, se temporária, se é observado o prazo mínimo de 15 anos.

Quanto à necessidade de que todos os proprietários realizem a instituição, trata-se da observância do princípio da continuidade e disponibilidade. Seria irrazoável que um dos condôminos pudesse restringir o direito de utilização do imóvel sem a concordância dos demais, especialmente dado o grau de restrição decorrente. Por outro lado, embora o caput do artigo 9.º-A preveja que a servidão ambiental pode ser instituída pelo proprietário ou possuidor do imóvel, o registro da servidão ambiental instituída pelo possuidor dependerá da obtenção, por este, da qualidade de proprietário, que pode se dar, por exemplo, pela aquisição do imóvel por compra e venda, ou mesmo por usucapião.

Quanto à localização da área dentro do imóvel, mostra-se necessária por uma razão óbvia: porque só o titular pode instituir servidão

ambiental, e a extrapolação da área de titularidade implica na ausência desse requisito. Por outro lado, se o imóvel estiver descrito de modo precário, de forma que não se possa identificar se a área proposta de servidão se encontra ou não dentro dele, deve o Registro de Imóveis exigir essa comprovação, mesmo que, por normativa local, não seja obrigatória a retificação do imóvel.

Ainda quanto à localização, a área de servidão ambiental não pode sobrepor a reserva legal própria do imóvel ou outras áreas de preservação obrigatória. Tampouco pode sobrepor outras servidões ambientais eventualmente já instituídas. Para tanto, recomenda-se a confecção por profissional de engenharia de planta que identifique todas as áreas do imóvel, para verificação de não sobreposição, sendo a servidão proposta identificada nos exatos termos do memorial descritivo, com relação ao qual se exige, no mínimo, um ponto de amarração georreferenciado.

Por fim, quanto ao prazo, se a servidão não for perpétua, deve ser observado o prazo mínimo de 15 anos para a preservação ambiental.

Quanto da transferência da servidão ambiental, mostra-se necessário que o Registro de Imóveis verifique, primordialmente, a disponibilidade da área transferida, que deve atender aos seguintes requisitos: ter sido instituída em servidão ambiental; não ter sido ainda transferida; e ser área certa, e não fração ideal.

A área deve ter sido instituída em servidão ambiental e não ter sido transferida. Isso não significa, necessariamente, que se exija instituição autônoma para cada parcela a ser transmitida, mas que deve haver um controle das áreas instituídas e das transferidas, por meio de planta elaborada por engenheiro, e que será arquivada para controle da disponibilidade. Em certos casos, é tamanha a quantidade de transferências que o controle é parecido com um controle de disponibilidade de loteamento.

Importa também que a área transferida seja exatamente delimitada, e não como percentual da servidão. Não se mostra conveniente, por exemplo, instituída servidão sobre 10 hectares, realizar a transferência de 50% ideais em favor de terceiro. E isso porque eventual ausência de preservação de parte da parcela destinada à servidão terá efeitos concretos em relação ao adquirente do direito real de utilização para fins de compensação. A se transferir por partes ideais a servidão

ambiental, eventuais problemas surgidos na preservação, e mesmo na verificação da identidade ecológica entre diversas áreas, poderão tornar ineficaz a sua aquisição para o fim a que proposta.

Tendo em vista que, no momento da transferência, não há a compensação ambiental, o que depende de posterior aprovação pelo órgão ambiental competente, recomenda-se que, no próprio ato de transferência ou em averbação autônoma, seja feito, com destaque, indicação dessa circunstância, de forma que os usuários possam ter a certeza, de uma mera leitura superficial da matrícula, que a transferência em si não possui esse efeito. Recomenda-se cláusula mais ou menos com os seguintes dizeres, em caixa alta e negrito: "a presente transferência não implica compensação ambiental, que fica condicionada à aprovação pelo órgão ambiental competente".

Para a compensação da reserva legal, por fim, deverá ser apresentado termo de aprovação da compensação entre as áreas delimitadas pelo órgão ambiental, que será averbado na matrícula de ambos os imóveis — dominante e serviente. Com essa averbação, finda-se o ciclo da servidão em questão, que, a partir desse momento, só pode ser transferida a terceiro com aprovação do órgão ambiental, porque a sua transferência implicará, ao fim e ao cabo, na extinção da compensação então existente.

Nada impede que, se apresentados conjuntamente o instrumento de transferência de servidão e a aprovação da compensação de reserva legal, seja mencionada, na própria averbação da transferência, a aprovação da compensação da reserva legal entre os imóveis. Esta menção, contudo, contém conteúdo diverso da transferência da servidão. A transferência da servidão implica na aquisição de um direito real consistente na utilização de área delimitada para fins de compensação ambiental. A compensação ambiental decorre da aprovação pelo órgão ambiental da utilização da área para fins de compensação. Mas os dois atos são distintos. Permite-se a menção da compensação na própria averbação da transferência por simples conveniência do serviço, e a critério do Oficial, a depender da normativa estadual aplicável, somente com a finalidade de facilitar a leitura e compreensão da matrícula, e isto porque, tratando-se de notícia relevante sobre o atingimento da finalidade pretendida, sua menção finaliza o ciclo da servidão no Registro de Imóveis.

8. CONCLUSÕES

A conservação e preservação de um ambiente que permita o saudável desenvolvimento da presente e das futuras gerações é preocupação legítima do Estado, e que deve ser buscada por uma variada gama de modos. A servidão ambiental é um dos institutos aptos a auxiliar na manutenção do meio ambiente natural, sendo parte importante da Política Nacional do Meio Ambiente.

A servidão ambiental é instituto útil para fins de preservação do meio ambiente. Sua instituição restringe a utilização de parcela do solo, com a finalidade de conservação do ambiente natural existente, e o procedimento para tanto teve redução das formalidades necessárias por não mais exigir a aprovação do órgão ambiental.

Permitida a sua transferência a terceiros para fins de compensação ambiental, verifica-se que a realização desse propósito passa, após a instituição da servidão, por duas fases distintas: uma fase de aquisição do direito real, por terceiro, de utilizar parcela delimitada do imóvel serviente para fins de compensação ambiental, que se concretiza na transferência, e uma fase de efetivação da compensação ambiental, que se concretiza com a aprovação, pelo órgão ambiental, da utilização da área em questão para essa finalidade. Conquanto a transferência se consubstancie em negócio jurídico que dependerá, primordialmente, do acordo de vontade entre as partes, a compensação dependerá da identificação da equivalência quantitativa e identidade ecológica das áreas em questão.

A prática dos atos junto ao Registro de Imóveis busca permitir um preciso controle sobre às áreas instituídas e transferidas, de modo a impedir tanto a sobreposição da servidão a outras áreas de servidão, à reserva legal própria e a outras áreas cuja proteção ambiental é obrigatória, como também um controle das transferências realizadas, de modo a impedir que sejam realizadas duas transferências sobre a mesma parcela territorial.

Sendo apresentada ao Registro de Imóveis a transferência da servidão acompanhada da aprovação da compensação, deverá ser dada notícia na matrícula dessa circunstância. Apresentada a transferência da servidão desacompanhada da aprovação de compensação, mostra-se conveniente a menção, com destaque gráfico, de que a transferência

GESTLEGAL

em questão não implica em compensação da reserva legal, de modo a impedir que terceiros de boa-fé tirem, de uma leitura superficial da certidão da matrícula, conclusões que não correspondam às informações apresentadas.

BIBLIOGRAFIA

CARVALHO, AFRÂNIO DE, *Registro de imóveis: comentários ao sistema de registro em face da Lei n.º 6.015, de 1973, com as alterações da Lei n.º 6.216, de 1975, Lei n.º 8.009, de 1990, e Lei n.º 8.935, de 18.11.1994*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998

CIMINO, RAFAEL GIL, MIRANDA, CALEB MATHEUS RIBEIRO DE, Da Delegação Extrajudicial, in *Direito Administrativo e o Extrajudicial, Revista dos Tribunais*

GOMES, ORLANDO, *Direitos Reais*. 21.ª Edição, Revista e Atualizada. Atualizador: Luiz Edson Fachin. Editora Forense

LAGO, IVAN JACOPETTI DO, *História do Registro de Imóveis*, coleção Direito Imobiliário, Volume I, Revista dos Tribunais

MIRANDA, CALEB MATHEUS RIBEIRO DE, "Serviços Notariais e de Registro: Definição como Serviços Fideijurídicos e Características", *in Direito Administrativo e o Extrajudicial*, Revista dos Tribunais

¿DEBERÍAMOS REVISAR EL CARÁCTER DE LA INSCRIPCIÓN?

DIEGO VIGIL DE QUIÑONES OTERO

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA INSCRIPCIÓN VOLUNTARIA COMO REGLA GENERAL. 3. LA EXCEPCIÓN: LAS INSCRIPCIONES OBLIGATORIAS Y LA CONSECUENCIA DE NO INSCRIBIR. 4. EL PAPEL DE LA VOLUNTAD EN EL PROCESO DE INSCRIPCIÓN Y EL PACTO DE NO INSCRIBIR. 5. LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA: EVOLUCIÓN HISTÓRICA. 6. NOCIÓN DE INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA. 7. CASOS EN QUE LA INSCRIPCIÓN ES CONSTITUTIVA. 8. DIFERENCIA ENTRE INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA E INSCRIPCIÓN OBLIGATORIA. 9. LA INSCRIPCIÓN DECLARATIVA. 10. LOS PERJUICIOS DERIVADOS DE LA FALTA DE INSCRIPCIÓN: UNA INSCRIPCIÓN ALGO MÁS QUE "MERAMENTE" DECLARATIVA. 11. PAPEL DE LA INSCRIPCIÓN RESPECTO DEL NEGOCIO CUANDO NO ES CONSTITUTIVA: LA INSCRIPCIÓN COMO FORMA DE VALER Y EL EFECTO IRRITANTE DE NO INSCRIBIR:12. ¿DEBERÍA REVISARSE LA VOLUNTARIEDAD DE LA INSCRIPCIÓN?

1. INTRODUCCIÓN

Se me invita a participar en el libro homenaje al Dr. Sérgio Jacomino, un referente del Derecho registral para Europa y América. Creo que tratar alguna cuestión muy específica del Derecho español no tendría sentido en una publicación así. En cambio, he pensado que puede resultar interesante compartir con los lectores internacionales algunas consideraciones que he realizado recientemente [1] sobre el valor de la inscripción en el Derecho registral español. Una inscripción que la mayoría de los autores se limitan a decir que es declarativa. Afirmación que pienso que requiere ser revisada a la luz de los efectos de

[1] Puede verse el tratamiento que hago del tema en el tomo X del *Tratado de Derecho civil* dirigido por RAMS ALBESA, dedicado a *La fe pública registral* (bajo la coordinación de José Luis Lacruz y un servidor), editada este año por Dykinson. Del mismo modo, en el tema 11 del *Tratado de Derecho inmobiliario registral* dirigido por el Prof. ESPEJO LERDO DE TEJADA y el Dr. DEL REY BARBA en Tirant lo Blanch (Valencia, 2021). De modo más breve, se apuntan algunos aspectos en la lección 20 del tomo III de las *Lecciones de Derecho privado* que coordina la Prof.ª MUÑIZ ESPADA (Tecnos, Madrid 2019).

GESTLEGAL

inscribir y no inscribir, en consideración a los cuales creo que podemos preguntarnos ¿deberíamos revisar el carácter de la inscripción?

2. LA INSCRIPCIÓN VOLUNTARIA COMO REGLA GENERAL

La inscripción en el sistema registral español es con carácter general voluntaria. Voluntaria en el sentido de que no existe un deber legal de inscribir. Sí que hay una serie de efectos derivados de la inscripción (y de la no inscripción, por tanto). Pero como dichos efectos interesan sobre todo a los particulares directamente afectados por ella, se establece la voluntariedad.

Ahora bien, el valor de la inscripción es tan intenso que, pese a la falta de deber, la falta de inscripción acarrea tales perjuicios que en la inmensa mayoría de los casos se suele proceder a la inscripción (si no por voluntad del titular del dominio, si por voluntad de otro interesado como el transmitente o el titular de un derecho limitado [2]).

Esta voluntariedad de la inscripción fue el resultado de una disputa que se produjo en la tramitación de la Ley Hipotecaria (hacia 1860) entre quienes eran partidarios de la inscripción constitutiva y quienes se conformaban con que esta inscripción fuera declarativa. Procurando buscar un punto intermedio entre ambas posturas, se dice que nació el tercero: la inscripción sería voluntaria, pero al que inscribiera se le protegería sobre el que no inscribiera.

3. LA EXCEPCIÓN: LAS INSCRIPCIONES OBLIGATORIAS Y LA CONSECUENCIA DE NO INSCRIBIR

No obstante la regla general de voluntariedad, en el Derecho español hay supuestos en los que la inscripción es obligatoria. Como principales casos de inscripción obligatoria se suelen citar las adquisiciones de inmuebles por extranjeros no comunitarios de la UE en zonas de

[2] Que por ello está legitimado para pedir la inscripción, Art. 6 LH.

interés para la defensa nacional [3]; las inscripciones de fincas de reemplazo en procedimientos de concentración parcelaria [4]; las inscripciones de las fincas afectadas por reparcelaciones urbanísticas [5] y otros casos en materia de urbanismo (actas de ocupación en los casos de expropiación forzosa, acuerdo de aprobación definitiva de reparcelación, autorización de obras provisionales, cesiones obligatorias de terrenos a la Administración, transferencia de aprovechamientos urbanísticos...); la inscripción de los bienes y derechos de las Administraciones Públicas, así como de la de todos los actos y contratos referidos a ellos, excepto los arrendamientos [6] y de las entidades locales [7]; o los montes catalogados [8].

En su momento, CHICO consideró a las normas que imponen esta inscripción obligatoria reglas administrativas de carácter interno para que los respectivos entes públicos procuren la inscripción de sus bienes. Hoy es interesante destacar que, recientemente, se ha introducido el deber de responder la Administración cuando no inscribe o anota algo a lo que está obligado: la inscripción no afecta a los efectos del acto inscrito, pero se obliga a la inscripción bajo pena de indemnizar al perjudicado [9].

---

[3] Art. 21 Ley de 12 Marzo 1975, que determina la nulidad del acto de transmisión de derechos a extranjeros que no se inscriba en 12 meses.

[4] Art. 235 Ley de reforma y desarrollo agrario.

[5] Conforme a la legislación estatal y autonómica del suelo y en los términos de los Arts 4 y ss RD 1093 de 4 de Julio 1997.

[6] Artículo 36 LPAP 3 Noviembre 2003.

[7] Art 36 Reglamento Bienes Entidades Locales 13 junio 1986.

[8] Art 18,3 Ley de Montes 21 de Noviembre de 2003.

[9] Así, la Exposición de Motivos del Real Decreto 8/2011 del que procede la redacción vigente del Art. 51 de la Ley del Suelo, dice que "*se hace especial hincapié en las medidas de protección registral cuyo objetivo consiste en la protección preventiva y en la depuración a futuro de situaciones que se producen en la actualidad y que están afectando de manera muy negativa a la inversión en el sector inmobiliario, tanto a nivel interno, como internacional...Entre estas medidas, se encuentra la incorporación al Registro de la Propiedad de la información que permitirá a los adquirentes de inmuebles conocer por anticipado la posible situación litigiosa en la que éstos se encuentran, incluyendo los expedientes que puedan suponer la imposición de multas o la futura demolición. En la actualidad, el acceso de dicha información absolutamente relevante para los potenciales inversores, es sólo potestativa de los Ayuntamientos, de tal manera que se establece la obligatoriedad de proporcionársela al Registrador imponiendo a los Ayuntamientos que la*

4. EL PAPEL DE LA VOLUNTAD EN EL PROCESO DE INSCRIPCIÓN Y EL PACTO DE NO INSCRIBIR

La voluntariedad de la inscripción nos coloca ante el problema de cómo juega o ha de jugar la voluntad en el proceso de inscribir, considerado que el proceso conducente a la inscripción se rige por el principio de rogación, esto es, se inicia ordinariamente a solicitud del interesado y el Registrador sólo excepcionalmente actúa de oficio.

La voluntad puede incidir en la registración de tres modos y en tres momentos:

1.º en el momento anterior al procedimiento, con el pacto de no inscribir;

2.º entre la petición de la inscripción y hasta la práctica del asiento, con la posibilidad de desistimiento del procedimiento iniciado;

3.º practicado el asiento solicitado, con la (cuestionada) posibilidad de renuncia de los asientos.

En cuanto al pacto de no inscribir, sería el acuerdo por el que dos contratantes que generan un derecho inscribible acuerdan que no se practique la inscripción. Puede configurarse como obligación de no hacer, a cargo de la persona a cuyo favor resulta algún derecho o situación inscribible, para no solicitar la inscripción; o bien como renuncia, convencional o unilateral, a solicitar la inscripción [10].

---

incumplan los perjuicios económicos que pudieran causarse a los adquirentes de buena fe".

[10] Dos casos de posible acuerdo de no inscribir se desprenden de sendos preceptos de la ley hipotecaria española: el Art. 49 LH permite a los legatarios de género o cantidad renunciar a su derecho de pedir anotación preventiva, para que el heredero pueda inscribir a su nombre los bienes inmuebles durante el plazo de reserva de prioridad de 180 días; y el art. 14 RH admitiría tangencialmente el pacto de no inscripción del derecho de opción al requerirse convenio para la inscripción: su falta equivaldría a un pacto de no inscribir, si bien la mayoría de la doctrina no ve tan claro este caso pues se estaría privando a una parte del derecho de dar trascendencia real a un derecho que ha adquirido.

Como tal pacto, está sujeto a los límites de las leyes imperativas [11], de modo que ni siquiera valdrá como renuncia de derechos en los casos de inscripciones obligatorias por contrario al orden público [12], considerando algunos autores que siempre es contrario al orden público (así HERNÁNDEZ GIL, COVIELLO, PUGLIATTI o CHICO). Se suele entender que tampoco vale en los casos de inscripción constitutiva, si bien hemos de admitir que siendo distinta la forma de imponerse la ley en las inscripciones obligatorias y en las constitutivas, en el primer caso es por ser contra ley imperativa y en el segundo por imposibilitar la eficacia del derecho cuya creación se pretende, lo cual haría imposible el objeto del contrato de que se trate, y ese es el sentido de la limitación.

En las inscripciones llamadas declarativas poner sí con tilde en la i que se ha admitido el pacto. Ahora bien, como todo pacto debe tener justa causa y no ser contrario a los límites legales. Es por ello que solo se admite cuando obedezca a un interés jurídicamente protegible y no sea perpetuo (pues limitaría el derecho a inscribir, que es legal y está por encima).

Hay que tener en cuenta eso sí que estamos ante un pacto entre las partes que hace nacer entre ellas un derecho de crédito. Si se vulnera ese derecho, las partes podrán exigirse una indemnización [13]. No cabrá obtener por tanto tutela real alguna: el pacto no vinculan al Registrador, quien si se le presenta el título ha de inscribirlo.

Finalmente, se aprecia un supuesto en donde la voluntad juega respecto de la inscripción: en los casos en los que se renuncia a un asiento o a un derecho. En cuanto a esto hay que diferenciar el asiento de presentación de los asientos principales de inscripción o anotación:

---

[11] Art. 1255 del Código civil — CC — español, que regula en España el principio de autonomía de la voluntad.

[12] Art. 6.2 CC.

[13] Como señalan CALABRESSI y MELAMED desde el análisis económico del Derecho, en ocasiones los derechos subjetivos están protegidos por una regla de propiedad, en otras por una regla de responsabilidad y en otras por una regla de inalienabilidad. Sobre la aplicación de éstas categorías al intercambio de inmuebles en un contexto de contratación impersonal y la importancia del papel que se conceda a la fe pública registral, vid. MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. *Fundamentación económica del Derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal.* Civitas. Thomson — Reuters. Cizur Menor 2011.

En cuanto a la renuncia al asiento de presentación (y por tanto en cuanto al procedimiento registral antes de que se produzca el asiento definitivo) se permite renunciar al procedimiento registral iniciado [14].

En cuanto a los asientos definitivos, con carácter general se entiende que los asientos son irrenunciables. Sin embargo, hay que tener presente que algunos preceptos únicamente piden el consentimiento del titular para cancelar haciendo abstracción de la causa [15]

[14] Art. 433 del Reglamento Hipotecario español (RH).

[15] Un apunte es necesario para comprender la relación entre el problema medular de la causa y la inscripción. Para el Registro la causa importa como causa de la atribución patrimonial en que consiste el derecho que se inscribe, como *causa traditionis* del mismo, como título por el cual se adquiere. Sin causa, la inscripción no protegerá al adquierente (Art. 33). El Registro ha sido un mecanismo desde el cual se ha combatido el problema de la anomalía de las causas: a lo largo del tiempo se ha denegado la inscripción de aquellas atribuciones patrimoniales en las cuales no había causa suficiente, o esta se consideraba ilícita, tales como las ventas en función de garantía o las adjudicaciones derivadas de un pacto comisorio.

Ahora bien, dicha necesidad de causa presenta dos matices fundamentales en nuestro sistema:

1.º No importa la causa como determinante de la pérdida del derecho cuando hay un subadquirente, respecto del cual importa únicamente la adquisición "*de quien en el Registro aparece con facultades bastantes para transmitir*" (Art. 34) el derecho de que se trate. Dicha limitación de efectos de la causa a solo las partes, hace que MENDEZ afirme que en la protección del tercero convergen el sistema español y el germánico (MENDEZ GONZÁLEZ, F.P. *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles. Un estudio del sistema español con referencia al alemán.* Tirant lo Blanch, Valencia 2017, pág. 121). Lo que hace el sistema español es que, una vez ingresado un derecho en el Registro, su titular es capaz de convertir en titular a otro con independencia de los fallos de causa que en su caso existan (y que no se hayan detectado en el proceso de inscripción). ¿Cómo explicar esto? La doctrina habla de una abstracción, una vez se inscribe, que ocasiona que, a partir de la inscripción, la inscripción sea el derecho (y no el derecho en sí, con causa determinada y condicionante). Al igual que los efectos de reivindicabilidad ilimitada derivados del sistema de título y modo se intentan limitar de algún modo a través de reglas de seguridad del tráfico como el Art. 448 y 464 CC para la posesión, el 85 del Código de comercio para los bienes adquiridos de comerciantes, y el 20 de la Ley Cambiaria para las letras (haciendo abstracción de la relación de valuta), en el ámbito registral se produce una abstracción que supera el *trade off* entre seguridad y liquidez de los derechos. Sobre la abstracción, véase del mismo MENDEZ "La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (*RCDI*). Núm. 703.

2.º Junto a la causalidad sustantiva de nuestro sistema, el mismo admite una cierta "abstracción procesal" o "abstención de la mención de la causa" (DE CASTRO, F. *El negocio jurídico.* Civitas, Madrid 1985, p. 291).

de la renuncia [16], y que los derechos son renunciables y por tanto la renuncia a los mismos sería determinante de su extinción [17], la cual justificaría la cancelación del asiento correspondiente [18].

5. LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA: EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Hablar de inscripción constitutiva es referirse a los casos en los que la inscripción es un requisito más para el nacimiento de un derecho. Ello nos introduce en el problema de cómo es la inscripción en el Derecho español y de qué papel juega respecto del derecho que se inscribe (no obstante su voluntariedad).

En los tiempos de gestación de la Ley Hipotecaria primitiva se discutió la posibilidad de introducir la inscripción constitutiva [19]. Lo cierto es que por aquellos años un cambio tan fuerte en el papel que los ciudadanos le concedían al Registro no se pudo realmente abordar, pues con anterioridad no se supeditaba la transmisión de derechos a la inscripción y por tanto no estaba la misma debidamente asumida en la cultura jurídica popular, además del problema del gran número de fincas carentes de inscripción.

En lugar de la inscripción constitutiva, se optó por supeditar los efectos de los derechos inscribibles a la inscripción [20]: en algunos casos totalmente (los que los autores llaman de inscripción constitutiva) y en otros haciendo depender la plena eficacia del derecho frente a terceros a la inscripción, pero sin supeditar el nacimiento del derecho a la misma (los llamados por la doctrina de inscripción declarativa, conformadora o cuasi — constitutiva).

---

[16] Art. 82 LH, 206.12 RH.

[17] Con todo, se entiende que toda cancelación lo es con causa (Art. 79 y 80 LH).

[18] Art. 6.2 CC, tal como explica la Resolución de 27 Septiembre de 1999 de la Dirección General de los Registros y el Notariado del Gobierno de España.

[19] Entre los partícipes en la elaboración de la Ley, Claudio Antón de Luzuriaga era partidario de la inscripción constitutiva, pero Florencio García Goyena (autor, a la sazón, del importante proyecto de Código civil de 1851, un texto del que siempre se ha destacado su afrancesamiento), era partidario de la transmisión *solo consensu*.

[20] Se cuele decir que, al terciar Bravo Murillo en la polémica entre Luzuriaga y Goyena, salió el tercero: entre partes bastaría el consenso, pero de cara a terceros sería necesaria la inscripción.

GESTLEGAL

Sentada esta situación, que los autores explicaron en el sentido de que la transmisión de derechos no era plena sin inscripción y la conveniencia de avanzar hacia una inscripción constitutiva, se llegó a la reforma de 1944. La exposición de motivos de la Ley de reforma, aun diciendo expresamente que "*no se desconocen, ni de subvalorar son, las importantes razones que casi la totalidad de los tratadistas españoles aducen en defensa de la inscripción constitutiva*", y aun reconociendo que "*las relaciones jurídicas inmobiliarias son, por su especial naturaleza, de Derecho necesario*", descartaba que la inscripción fuese constitutiva porque "*más del sesenta por ciento de la propiedad no ha ingresado en el Registro*". No daba razones de más peso. Pero al no imponerse la inscripción con carácter constitutivo se ha explicado el asunto diciendo que la regla general es que la inscripción es meramente declarativa, entendiendo como declarativa que recoge una mutación real ya producida (ROCA [21]), que reconoce un estado dotado de antemano de acciones reales (GONZÁLEZ [22]), que no interviene en el cambio real (LACRUZ [23]), o que no añade por si misma nada a unos elementos del derecho real ya existentes, los cuales se limita a reconocer (SANZ [24]). A partir de esta concepción, se difundió el "tópico" de que la inscripción era "meramente declarativa" (GARCÍA GARCÍA). Una forma de explicar las cosas que no hace justicia a la realidad, y que seguramente procede de la traslación al campo de la inscripción de las nociones procesales de sentencia constitutiva y declarativa. Se prescinde con ello del carácter del derecho real, que según otros autores requiere de la inscripción para su plena eficacia, como ha desarrollado más ampliamente GARCÍA GARCÍA [25].

Todo esto debe tenerse en cuenta para afrontar de nuevo el problema en el presente: partimos de una concepción doctrinal que minusvalora

[21] ROCA SASTRE, R.M.ª *Derecho hipotecario*. 7.ªEd. 1978, pág. 193.

[22] GONZÁLEZ, J. *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho civil*. Madrid 1948. Págs. 367 y 369.

[23] LACRUZ BERDEJO, J.L. *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, 1957, pág. 148.

[24] SANZ FERNÁNDEZ, A. *Instituciones de Derecho hipotecario*. Madrid, 1948. Págs. 239 y ss.

[25] GARCÍA GARCÍA, J.M. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*. Civitas, Madrid 1988. Tomo I. Págs. 557 a 605.

la inscripción. Una comprensión adecuada de qué sea inscripción constitutiva y qué declarativa nos ayudará a comprender el verdadero carácter de la inscripción. Comprendido el mismo podremos dar una pauta sobre si las concepciones que nos han traído hasta aquí deberían ser revisadas en el futuro.

6. NOCIÓN DE INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA

La pedagogía hipotecaria del siglo XX nos ha acostumbrado a llamar constitutiva a aquella inscripción que constituye un requisito más del *iter* formativo de un derecho. Aquella sin la cual es derecho no existe, y que en consecuencia se inserta como un elemento esencial en la constitución del mismo. Dicha noción se contrapone a la de declarativa, que sería la que simplemente publica lo que tuvo plena existencia con anterioridad a su ingreso en el Registro. Ambos conceptos se aplican no sólo al Registro de bienes, si no también a los de personas. Y así, se dice que una sociedad nace con independencia de la inscripción [26], pero únicamente adquiere la concreta personificación como sociedad de capital si se inscribe, de modo que la inscripción solo es requisito constitutivo para ser sociedad de capital con responsabilidad limitada (anónima o limitada).

Para comprender ambos conceptos, debemos volver sobre nociones básicas de la cosmología y la metafísica que seguramente aprendimos en Filosofía. El ente se compone de forma y sustancia. La sustancia tiene elementos esenciales y elementos accidentales: los primeros son aquellos sin los cuales no puede existir, los segundos aquellos que la caracterizan de algún modo, más no determinan su existencia. Esto se aprecia en Derecho en la categoría del negocio jurídico: hay elementos sin los cuales este no existe (consentimiento, objeto, causa, y a veces forma), y otros que pueden estar, pero su ausencia no determina la inexistencia (condición, termino y modo). A los primeros llamamos esenciales, a los segundos accidentales. Es por ello que la forma sólo se considera *ad sustantiam* cuando afecta a la existencia del negocio

[26] Para España, respecto al Art. 33 de la Ley de Sociedades de capital.

que se constituye. En el resto de casos la forma es *ad probationem o utilitatem*. En la doctrina notarial no es infrecuente que a la primera se llame forma de ser y a la segunda forma de valer (así GONZÁLEZ PALOMINO o PEREZ DE MADRID).

Lo que se dice de la forma nos vale para comprender la publicidad (aunque no son lo mismo), pues ambas actúan sobre el ente produciendo un efecto, aunque se refieran a entes distintos (pues la forma es elemento del acto jurídico, y la publicidad del derecho [27]): la forma y la publicidad exteriorizan el ente. Y se ha venido entendiendo que la inscripción es constitutiva cuando la misma es *ad sustantiam*, o que sin ella el derecho que se inscribe no se puede entender producido.

Sobre la base de estos conceptos, se dice que la inscripción en España es declarativa en la mayoría de los casos, y constitutiva sólo en algunos. Por ello decía LACRUZ en 1957 que "en el Derecho español la inscripción no es, en principio, constitutiva" [28].

Partiendo de que se entiende que la inscripción es declarativa solo por el bajo porcentaje de fincas inscritas, superado un siglo y medio de vida del Registro, alcanzadas cotas de inscripción mucho más elevadas (que si hoy son ya altas en superficie de suelo, son casi del cien por cien en fincas registrables — apenas hay ningún edificio de casas por pisos sin inscribir, siendo cada departamento finca registral—), lo normal sería abrir nuevo camino a la inscripción constitutiva.

Si además valoramos que la razón de ser es facilitar la publicidad, que dicha publicidad se considera cuestión necesaria, y que la inscripción es más perfecta que la posesión como medio de exteriorización del derecho real, no sería descartable abrir nuevos caminos a la inscripción constitutiva en el futuro. Y para comprender la necesidad de la misma, no es inadecuado traer a colación la relación con la forma que hemos expuesto, pues precisamente a base de ciertas formas fue cómo se quiso luchar contra la clandestinidad aun antes de la Ley Hipotecaria: por ejemplo en Aragón era necesaria la forma pública

[27] Como recordaba AMORÓS al comentar la edición de 1968 del Derecho inmobiliario registral de LACRUZ y SANCHO, alabando la certera diferenciación de ambos conceptos. Cfr. AMORÓS GUARDIOLA, M. *Estudios jurídicos*, Colegio de Registradores, Madrid 2009., tomo I. Pág. 614.

[28] *Lecciones de Derecho inmobiliario registral.* Zaragoza 1957, Pág. 149.

como requisito para la transmisión de la propiedad, como recordara la exposición de motivos de 1861.

Más allá de las reformas que se hagan, hemos de señalar que el valor de la inscripción no resulta en realidad tan diferente en los casos que la doctrina llama de inscripción constitutiva y en los demás. Dado el principio de inoponibilidad, también en los casos de inscripción llamada declarativa se sanciona la falta de inscripción con un efecto irritante de limitar los efectos de lo no inscrito (Art. 32 LH 606 y 1473 CC). Y siendo esto así, tal vez deberíamos abandonar las etiquetas constitutiva y declarativa y quedarnos con que, como dijera DE CASSO [29], la inscripción es complementaria en el negocio jurídico de creación en del derecho real en todos los casos, con la idea de DE LA RICA de que la inscripción es constitutiva siempre respecto a la propiedad inscrita [30], o con la explicación de don Jerónimo GONZÁLEZ de que en nuestro Derecho la transmisión de la propiedad requiere tres elementos: título, modo e inscripción [31].

7. CASOS EN QUE LA INSCRIPCIÓN ES CONSTITUTIVA

Normalmente, se ha señalado como caso paradigmático de inscripción constitutiva la inscripción de la hipoteca: siendo esta un derecho invisible, se hace visible mediante la inscripción. De hecho, la historia del Registro ha sido de lucha contra la clandestinidad de las cargas: se estableció para favorecer el crédito territorial, favoreciendo el conocimiento de las cargas.

El fundamento de la publicidad constitutiva sería entonces la necesidad de hacer visible lo que por la mera posesión es invisible. Este mismo criterio sirve para comprender otros casos de inscripción constitutiva como el derecho de superficie: sin la inscripción, antes de

[29] DE CASSO, I. *Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad.* Instituto de Derecho civil, 4.ª Ed. Madrid 1951. Pag. 142.

[30] DE LA RICA, R. *Valor de la inscripción en la nueva legislación hipotecaria.* Valencia 1949, Pág. 29.

[31] GONZÁLEZ MARTINEZ, J. *Principios hipotecarios.* Madrid 1931. Pág. 112.

GESTLEGAL

construir no cabe saber que la construcción es de un tercero distinto del propietario del suelo, porque no existe la construcción y la posesión solo nos permite saber sobre el titular del suelo, pero después tampoco, pues *superficie solo cedit.*

Sobre la base de esto, se entiende que es de inscripción constitutiva la hipoteca, tanto inmobiliaria como mobiliaria [32]. Igualmente se entiende que lo es el derecho de superficie, aun cuando se discutió históricamente [33] que fuese de inscripción constitutiva. Lo mismo cabe decir del derecho de vuelo y subedificación.

Aun cuando en su primera regulación hubo quien entendió que era un mero requisito de oponibilidad y ha habido quien lo ha considerado de inscripción obligatoria, la constitución del régimen de aprovechamiento por turno también puede considerarse de inscripción constitutiva por la misma razón que el derecho de superficie. A esa lógica responde el Art. 25.3 del RDL 8/2012.

No se han considerado en cambio supuestos de inscripción constitutiva el arrendamiento y la opción, que se entiende que existen sin inscripción, pese a que la limitación de efectos en que quedan sin inscripción hace que no se consideren reales cuando no están inscritos. Estos casos, junto a otros en los que la plena eficacia real se supedita a la inscripción (la doble venta, la división horizontal o la mención de la legítima [34]) se han considerado de inscripción constitutiva en sentido relativo (lo cual muestra la limitación de la expresión constitutiva, y que al fin no es tan diferente en la práctica la llamada inscripción constitutiva que la inscripción en el resto de casos, como veremos en el apartado siguiente).

En el ámbito de las anotaciones preventivas, LACRUZ consideró que lo era la anotación de crédito refaccionario. ROCA considero que lo era la de embargo por su naturaleza de "hipoteca judicial", pero esta concepción viene hoy negada por el Art. 587 de la vigente LEC,

[32] Para España: Arts. 1875 CC, 145 y 159 de la Ley Hipotecaria (LH) para la inmobiliaria, y art. 3 de la Ley de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento para la mobiliaria.

[33] Debido a la anulación por Sentencia del Tribunal Supremo de 2001 de la redacción dada al Art. 16 RH por la reforma del mismo en 1998. Hoy el Art. 53 del Texto Refundido de 2015 de la Ley del suelo lo deja claro.

[34] Respectivamente Artt. 1473 CC, 5 Ley de Propiedad Horizontal y 15 RH.

que considera producido el embargo desde que se dicta y no desde que se anota. Podemos precisar que la petición de anotación es obligatoria para el juez, pero la anotación no es constitutiva del embargo, aunque sí es necesaria para que el embargo surta sus efectos contra terceros, no sólo *inter partes*.

8. DIFERENCIA ENTRE INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA E INSCRIPCIÓN OBLIGATORIA

Distinta de la inscripción constitutiva es la obligatoria: es obligatoria la inscripción (como hemos visto al tratar de su obligatoriedad) cuando la misma viene impuesta por una ley. Se diferencia de la constitutiva en que se derivan consecuencias de no inscribir de tipo sancionador, pero no la carencia de efectos del derecho inscribible por su falta de inscripción. De otro modo, la inscripción en estos casos se impone por ley, pero no *ad sustantiam*, si no como elemento accidental de obligada observancia.

Para comprender adecuadamente la diferencia entre la inscripción constitutiva y la obligatoria, es preciso ser capaz de separar mentalmente las normas que afectan a la conducta de las normas que simplemente supeditan la eficacia de un acto al cumplimiento de una formalidad. En España, la redacción del Art. 6.3 CC hace equivaler prohibición a nulidad y falta de efectos Ello dificulta la distinción. Pero si se profundiza en la teoría de la norma, como ha hecho DELGADO ECHEVERRÍA volviendo sobre SUÁREZ, podemos distinguir entre normas de conducta y normas de competencia [35]. Las primeras son las que nos obligan a cierto comportamiento. Las segundas, las que, referidas a actos no susceptibles de prohibición en puro Derecho natural (como otorgar testamento) dejan estos sin efecto en caso de que no adopten determinada formalidad. Se dice entonces que la norma de competencia actúa sobre el acto regulado no con un efecto

[35] DELGADO ECHEVERRÍA, J. "Las leges irritantes en De Legibus de Suárez como normas de competencia". En *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 29 (2006), pp. 405-421.

invalidante, si no con un efecto irritante: se deja sin efecto el acto por el hecho de haberse realizado sin la formalidad exigida.

Las reglas relativas a la inscripción obligatoria serían normas de conducta. Las que imponen la inscripción privando de efectos al acto no inscrito (sea constitutiva o cuasiconstitutiva) son *leges irritantes*.

9. LA INSCRIPCIÓN DECLARATIVA

Los autores llaman declarativa a la inscripción cuando los efectos del negocio no dependen de la misma [36], aunque de la misma dependan los efectos frente a terceros.

10. LOS PERJUICIOS DERIVADOS DE LA FALTA DE INSCRIPCIÓN: UNA INSCRIPCIÓN ALGO MÁS QUE "MERAMENTE" DECLARATIVA

Pero entonces ocurre que surgiendo un tercero protegido por la regla de inoponibilidad (Art. 32 LH), el segundo que no inscribe sufre la falta de inscripción como si esta fuese constitutiva (así en el caso de la doble venta). Es por ello que varios autores, considerando que el adjetivo declarativa no hace justicia a la realidad, han señalado que la inscripción es convalidante [37], confirmativa [38], cuasiconstitutiva [39] o confortativa [40].

Una comprensión adecuada del problema, debe llevarnos a volver sobre las categorías que hemos traído para explicar la diferencia entre inscripción obligatoria y constitutiva. Las normas que privan de efectos contra terceros a derechos no inscritos no son normas de conducta,

---

[36] Ver las definiciones citadas *supra* 4.2.2.1

[37] SANZ FERNANDEZ, A. *Instituciones de Derecho hipotecario*. Págs. 235 y ss.

[38] RAMOS FOLQUÉS, R. "Material para el análisis crítico del valor de la inscripción". *RCDI*. Junio de 1948, pág. 364.

[39] GARCIA GARCIA, J.M. *Ob. cit.*

[40] PELAYO HORE, S. *RGLJ*, Abril 1946. Pág. 490. Citado por GARCIA GARCIA.

si no de competencia. Por no haber respetado cierta forma, se impone un efecto irritante: el de dejar sin efecto el derecho no inscrito. A la luz de esta falta de efectos, bien se puede decir que la inscripción, cuando la falta de la misma deja el derecho real en meramente personal, es bastante más que "meramente declarativa".

11. PAPEL DE LA INSCRIPCIÓN RESPECTO DEL NEGOCIO CUANDO NO ES CONSTITUTIVA: LA INSCRIPCIÓN COMO FORMA DE VALER Y EL EFECTO IRRITANTE DE NO INSCRIBIR

Tal y como dijimos en el apartado anterior, al procurar comprender qué se entiende como inscripción constitutiva, la publicidad de los derechos se ve hondamente afectada por la comprensión que hemos tenido hasta el momento de la forma de los actos. Al igual que en lo relativo a la forma se habla de forma de ser cuando la forma es *ad sustantiam*, y forma de valer cuando es *ad probationem*, se ha venido entendiendo [41] algo así como si la inscripción fuera forma de ser cuando es constitutiva y forma de valer en el resto de casos. En base a ello, se ha infravalorado la inscripción cuando es declarativa, como si no se supeditasen los efectos del derecho que se inscribe a la inscripción. Lo cierto es que si miramos a los Artt. 32 LH y 1473 CC (la regla de la inoponibilidad de lo no inscrito y la regulación de la doble venta) resulta que un derecho real adquirido puede quedar privado de efectos, puede quedar sin ser derecho real como tal, en caso de que no se inscriba [42]. O como decía la Exposición de motivos de

[41] Aunque no se expresa directamente así, es lo que se deriva de las explicaciones que inciden mucho en la diferencia entre inscripción constitutiva y declarativa. LACRUZ incluso se llega a referir a la inscripción como forma de valer.

[42] Ello llevó a FUNAIOLI a postular la existencia de varias propiedades relativas si se producen dobles ventas antes de la inscripción, y a MAIORCA y FERRI a decir que, en consecuencia, en tanto sólo el que adquiere de titular registral es convertido en propietario por la Ley, se puede decir que este adquiere *a domino*. Dicha construcción se hace afirmando la ineficacia e incluso invalidez del primer acto dispositivo dejado sin efecto por la inscripción de un segundo acto (para un caso de doble venta). LACRUZ, quien plantea estas doctrinas italianas en España en 1957, dice que no cabe hablar de resolución de actos, que eran supuestos de hecho

GESTLEGAL

la Ley Hipotecaria: si alguien adquiere sin inscribir, adquiere solo respecto de su transmitente, pero si inscribe, adquiere respecto de todos. Si leemos la afirmación desde la distinción entre derechos reales (*erga omnes*) y derechos de crédito (*inter partes*), resulta que el derecho real difícilmente se puede considerar como tal, teniendo los efectos limitados respecto a terceros cuando no está inscrito.

Una comprensión adecuada del problema, como hemos señalado, requiere traer a colación la distinción entre normas de conducta y normas de competencia: las primeras mandan o prohíben algo, las segundas, partiendo de la libertad en Derecho natural para los actos de autonomía privada, supeditan la eficacia de un acto a determinada formalidad. El ejemplo típico suele ser la forma pública exigida para donaciones y testamentos: sin forma, no es que estén prohibidos, si no que se dejan sin efecto. Como señala DELGADO en su estudio sobre las *leges irritantes* citado, el poder para los actos de autonomía privada procede del Derecho natural, pero es el Derecho civil el que establece las condiciones para su actualización en sociedad, admitiendo el mismo autor que "es probable que el fundamento "de Derecho natural" de la autonomía privada siga hoy condicionando muchos de los razonamientos de los iusprivatistas". Un poco antes de dicha afirmación, trae a colación la diferenciación de SUÁREZ entre poderes o potestades de los particulares que dependen de un poder "conferido por el Príncipe" de actos de autonomía privada. En los primeros, el efecto irritante consiste en dejar al ciudadano sin un poder que antes se le había conferido. En los segundos, de un poder natural [43].

La explicación frecuente de la diferencia entre inscripción declarativa y constitutiva está profundamente afectada por esta distinción: se conceptúa como si la inscripción constitutiva irritase un poder de Derecho privado como excepción, y se entiende que, en el resto de casos, la creación de un derecho real es un acto de autonomía privada que no se ve afectado en modo alguno por la falta de inscripción. La aplicación de los arts. 32 LH y 1473 CC no lleva, sin embargo, a esto.

completos para inscribir antes de la segunda transmisión, si no de resolución de relaciones. (Cfr. LACRUZ, 1957, p. 294).

[43] DELGADO ECHEVERRIA, J. *Ob. cit.*

Cierto es que existe una diferencia fundamental entre los casos en los en que un derecho no llega a nacer sin inscripción (inscripción constitutiva en la jerga), y los casos en que el derecho nace pero es inoponible (inscripción cuasi-constitutiva, también llamada declarativa). Pero en ambos casos, la inscripción es un acto de jurisdicción del Estado sin el cual el derecho real no puede decirse que nazca plenamente (no es vano, últimamente se llega a decir que el Derecho registral inmobiliario es Derecho público [44], idea que no era tan extraña hace un siglo [45]). El hecho de que en un caso la falta de inscripción afecte a la relación jurídica que sirve de causa al derecho que nace, dejándola sin efectos contra cualquier tercero; y en otros casos éste sea dejado sin efecto contra terceros sólo en el caso de que haya un tercero contradictor inscrito, no creo que sirva para decir que en un caso la inscripción en esencial y en otro accidental. En ambos casos la inscripción afecta a la sustancia del ente, si bien que en unos casos más que en otros. Y en todo caso, en ambos casos estamos ante la actuación de una norma de Derecho público que actúa como forma irritante. VALVERDE, antes de la reforma de 1944, defendiendo que la inscripción debería haberse configurado como requisito de la transmisión del dominio como la mejor forma moderna de publicación de la *traditio*, aceptaba calificar a la inscripción de "formalismo irritante" [46]. No creo que utilizase el adjetivo irritante si no en el sentido que este ha tenido y tiene en la teoría de la norma.

Así las cosas, una comprensión adecuada de qué es la inscripción llamada declarativa nos llevaría a decir que es la que dota de plenos efectos al derecho que se inscribe, produciendo en caso contrario el efecto irritante de la privación de efectos, si bien sin llegar a dejar sin efecto contra todo tercero si no sólo contra el tercero contradictor que inscriba antes.

---

[44] MARTÍNEZ, F. *El sistema español de Registro inmobiliario (I).* Civitas — Thomson Reuters — Registradores de España. Cizur menor 2012. Págs. 16 y 17.

[45] VALVERDE recuerda como cuestión de orden público la transmisión de los derechos reales (VALVERDE, C. *Derecho civil. Parte especial.* Tomo II. Valladolid, 1925. Pág. 179) y la exposición de motivos de 1944 antes citada dice que *"las relaciones jurídicas inmobiliarias son, por su especial naturaleza, de Derecho necesario"*.

[46] VALVERDE, C. *Ob. cit.* Pág. 178.

GESTLEGAL

Seguramente por ello llamarla declarativa simplemente, como si el Registro únicamente transcribiese documentos, y como si la inscripción constitutiva fuese el "alma germana" y la declarativa el "alma latina" de nuestro sistema hipotecario, no es del todo exacto, pues en ambos casos estamos ante un Registro de derechos, sujeto a los principios de legitimación y la fe pública, un Registro que acoge el sistema germano en casi todo menos en la exigencia de inscripción constitutiva para todos los casos.

12. ¿DEBERÍA REVISARSE LA VOLUNTARIEDAD DE LA INSCRIPCIÓN?

De los párrafos anteriores se desprende con claridad que, como explicara en los ochenta GARCIA GARCÍA, la inscripción es con carácter general cuasi-constitutiva. Siendo esto así, no es de extrañar que se haya valorado seriamente la posibilidad de que evolucionemos hacia la inscripción constitutiva (JEREZ DELGADO [47]). Si realmente la única razón por la que no se podía imponer la inscripción constitutiva en 1944 era que "*más del sesenta por ciento de la propiedad no ha ingresado en el Registro*", el cambio producido en estos años debería permitir una revisión del criterio. Y es que en más de 75 años desde la dicha reforma se ha inscrito gran parte del suelo que estaba sin inscribir (favorecido por el impulso de la concentración parcelaria en muchos casos), pero sobre todo la realidad inscribible se ha transformado a partir de la Ley de Propiedad Horizontal de 1960. Actualmente, lo inscribible ya no es solo el suelo. También son fincas registrales cada piso, local, garaje o trastero de los edificios en propiedad horizontal. Si valoramos solo el suelo, el porcentaje de inscripción es alto. Si consideramos el total de fincas registrables en España, el porcentaje es más alto todavía (de casi el 100% en la inmensa mayoría de los distritos hipotecarios). Ello tal vez debería bastar para que la inscripción fuese constitutiva.

[47] JEREZ DELGADO, C. *Hacia la inscripción constitutiva*. Centro de Estudios Registrales, Madrid 2001.

No obstante, y casi más importante que un futuro cambio legal, es ante todo preciso un cambio de concepción.

Aun sin inscripción constitutiva, la limitación de efectos de un derecho no inscrito es de tal fuerza que con razón se puede decir que la inscripción ya es cuasiconstitutiva. El problema está en que, tras años de vigencia del tópico de la "meramente declarativa" (hasta penetrar en la jurisprudencia), esto no se comprende así por gran parte de la doctrina. Si simplemente tuviésemos claro que la inscripción es cuasiconstitutiva, ello bastaría para una adecuada comprensión y aplicación del sistema registral, más acorde a las necesidades, las ideas que lo forjaron y la realidad del siglo XXI.

BIBLIOGRAFIA

Amorós Guradiola, M., *Estudios Jurídicos. Tomo I* Colegio de Registradores, Madrid 2009

De Casso, I. *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad.* Instituto de Derecho civil, 4.ª Ed. Madrid 1951

De Castro, F., *El Negocio Jurídico.* Civitas, Madrid 1985

De La Rica, R., *Valor de la Inscripción en la Nueva Legislación Hipotecaria.* Valencia 1949

Del Rey Barba, S.-Espejo Lerdo de Tejada, M., *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral.* Tirant lo blanch, Valencia 2021

Delgado Echeverría, J., "Las leges irritantes en De Legibus de Suárez como normas de competencia". En *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, 2006

García García, J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario. Tomo I.* Civitas, Madrid 1988

González Martinez, J., *Principios Hipotecarios.* Madrid 1931

González, J., *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho civil.* Madrid 1948

Jerez Delgado, C., *Hacia la Inscripción Constitutiva.* Centro de Estudios Registrales, Madrid 2001

Lacruz Bescós, J.L., Vigil de Quiñones Otero, D. (Coods) — *Tratado de Derecho Civil.* Tomo X. *La Fe Pública Registral.* Dykinson, Madrid 2021

Lacruz Berdejo, J.L., *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, 1957

Marínez, F., *El sistema español de Registro inmobiliario (I).* Civitas — Thomson Reuters — Registradores de España. Cizur menor 2012

Méndez González, F.P., *Fundamentación Económica del Derecho de Propiedad Privada e Ingeniería Jurídica del Intercambio Impersonal.* Civitas. Thomson, Reuters. Cizur Menor 2011

——,*La Función de la Fe Pública Registral en la Transmisión de Bienes Inmuebles. Un Estudio del Sistema Español con Referencia al Alemán.* Tirant lo Blanch, Valencia 2017

Muñiz Espada, E. (Coord), *Lecciones de Derecho Privado.* Tomo III. Tecnos, Madrid 2019

Ramos Folqués, R., "Material para el análisis crítico del valor de la inscripción". *RCDI.* Junio de 1948

Roca Sastre, R.M.ª, *Derecho Hipotecario.* 7.ªEd. 1978

Sanz Fernández, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario.* Madrid, 1948

Valverde, C., *Derecho Civil. Parte Especial.* Tomo II. Valladolid, 1925

RENÚNCIA À CONDIÇÃO DE HERDEIRO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS

A ATUAÇÃO NOTARIAL NA LAVRATURA DOS PACTOS ANTENUPCIAIS NO CONTEXTO LEGISLATIVO ATUAL E SEUS REFLEXOS NO REGISTRO IMOBILIÁRIO

EDUARDO PACHECO RIBEIRO DE SOUZA

REGISTRO: AQUI, NÃO TRATO DO REGISTRO IMOBILIÁRIO, MAS DE REGISTRAR O RECONHECIMENTO DA DEDICAÇÃO DO MEU AMIGO SÉRGIO JACOMINO ÀS ATIVIDADES REGISTRAIS E NOTARIAIS. PIONEIRO, INOVADOR, DESBRAVADOR, PROFUNDO CONHECEDOR DA PRÁTICA E DA TEORIA, ENTUSIASTA DA ACADEMIA. ELEVOU A PATAMARES MAIS ELEVADOS O ESTUDO DO DIREITO REGISTRAL E NOTARIAL. E NESSE PONTO, PROMOVEU O ENLACE DE REGISTRADORES E NOTÁRIOS DE VÁRIAS PARTES DO MUNDO. COM ISSO, PERMITIU QUE OS PROFISSIONAIS BRASILEIROS AMPLIASSEM SUA VISÃO SOBRE O DIREITO REGISTRAL E NOTARIAL, MUDASSEM SEUS PARADIGMAS E APRIMORASSEM SEUS SERVIÇOS. TIVE OPORTUNIDADE DE COMPARTILHAR COM O SJ DA PÓSGRADUAÇÃO OFERECIDA PELA AECID, EM CÓRDOBA, ESPANHA, E DE OUTROS EVENTOS INTERNACIONAIS. PUDE AVANÇAR, DURANTE SUA PRESIDÊNCIA NO IRIB, EM DIVERSAS INICIATIVAS QUE FRUTIFICARAM MUITO, SEMPRE COM O APOIO E INCENTIVO DA PRESIDÊNCIA. POSSO AFIRMAR, COM SEGURANÇA, QUE HÁ UM LEGADO DO SÉRGIO NA ACADEMIA DO DIREITO REGISTRAL E NOTARIAL.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A SUCESSÃO HEREDITÁRIA ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS NO DIREITO BRASILEIRO. 3. RENÚNCIA À HERANÇA E RENÚNCIA À CONDIÇÃO DE HERDEIRO. 4. A SOLUÇÃO DO DIREITO PORTUGUÊS. 5. A ATUAÇÃO NOTARIAL NO CONTEXTO LEGISLATIVO ATUAL, E SEUS REFLEXOS NO REGISTRO CIVIL DE PESSOAS NATURAIS E NO REGISTRO DE IMÓVEIS.

1. INTRODUÇÃO

Como tabelião de notas, na função de aconselhamento e orientação jurídica daqueles que me procuram para dar forma legal às suas manifestações de vontade, tenho me deparado com a perplexidade dos utentes dos serviços notariais quando o tema respeita às consequências do casamento regido pela separação convencional de bens.

O que se tem notado, entre aqueles que não são operadores do Direito, é que têm percepção de que a opção pelo regime da separação convencional de bens importaria numa separação patrimonial em qualquer hipótese, mesmo na sucessão *causa mortis*.

Se surpreendem, diante do esclarecimento de que assim não é, na dicção da lei. Muitos se revoltam, outros questionam o porquê, já que estariam simplesmente dispondo sobre um direito patrimonial, de acordo com a sua autonomia de vontade, sendo capazes e na livre administração de seus bens. E indagam por que motivo o cônjuge

GESTLEGAL

sobrevivo seria herdeiro daquele com quem se casou, voluntária e espontaneamente, pelo regime da separação de bens convencional. Não entendem porque, na hipótese de divórcio, não há partilha dos bens de cada um dos cônjuges, mas na sucessão em razão do falecimento, haverá partilha desses mesmos bens, com participação do cônjuge sobrevivente.

O regime de bens do casamento, estabelecido segundo as regras do Direito de Família, acaba por irradiar seus efeitos para momento em que o vínculo conjugal não mais existe, em face do decesso de um dos cônjuges, adentrando a seara do Direito das Sucessões.

Situação semelhante se via em Portugal, e questões de ordem prática levaram o legislador português a alterar o Código Civil, através da Lei 48/2.018, de 14 de agosto de 2.018.

Evidenciado está pela Exposição de Motivos da referida Lei (Projeto de Lei 781/XIII), ao consignar que "*este regime sempre representou um problema prático para quem pretende casar-se e já tem filhos, designadamente filhos de uma anterior ligação. Não é possível contrair um casamento sem que o cônjuge adquira o estatuto de herdeiro legitimário e, portanto, sem prejudicar os interesses patrimoniais potenciais desses filhos*".

As hipóteses vão para além da inscrita na Exposição de Motivos da Lei 48/2.018, outras situações fáticas há que possam levar os nubentes a optar pelo regime da separação convencional de bens.

Diante dessa questão, se farão breves incursões pelas regras da sucessão hereditária entre cônjuges no Brasil, com realce para importantes manifestações jurisprudenciais; sobre a renúncia à herança e à condição de herdeiro; e pelas soluções e experiência do Direito Português. Os temas poderiam ser explorados com muito mais profundidade; contudo, como esta obra está voltada para o Direito Notarial e Registral, foram abordados na medida do necessário para que se possa tecer considerações sobre a lavratura dos pactos antenupciais e seus reflexos no registro civil de pessoas naturais e no registro de imóveis.

Assim, no último tópico se fará a abordagem da atuação notarial dentro do contexto legislativo vigente, e como os pactos antenupciais devem ser recepcionados pelos registradores civis de pessoas naturais, e pelos registradores de imóveis.

2. A SUCESSÃO HEREDITÁRIA ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS NO DIREITO BRASILEIRO

A sucessão *causa mortis* entre cônjuges sofreu significativas mudanças com a edição do Código Civil de 2.002.

E não apenas a sucessão entre cônjuges, como também entre companheiros, que vivem em união estável, tendo sido incluído um único dispositivo no Código Civil de 2.002, a tratar da sucessão *causa mortis* entre companheiros (art. 1.790) [1].

A nova ordem suscitou muitas críticas e controvérsias, na doutrina e na jurisprudência.

Na disciplina do código revogado, os cônjuges não eram herdeiros necessários, ou seja, não figuravam no rol daqueles herdeiros que não podem ser afastados pelo titular da herança, aqueles que têm direito à legítima.

Dispunha o art. 1.721 do Código Civil de 1.916 que:

> "O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível, não poderá dispor de mais da metade de seus bens; a outra pertencerá de pleno direito ao descendente e, em sua falta, ao ascendente, dos quais constitui a legítima, segundo o disposto neste Código."

Apenas descendentes e ascendentes, os primeiros excluindo os segundos, eram herdeiros necessários. E a vocação hereditária estava estabelecida na seguinte ordem: I — descendentes; II — ascendentes; III — cônjuge sobrevivente; IV — colaterais; V — Estados, ao Distrito Federal ou a União (art. 1.603 do CC/16).

---

[1] A sucessão entre companheiros tinha disciplina, anteriormente ao Código Civil de 2.002, na Lei 8.971/94, tacitamente revogada: "Art. 2.º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições: I — o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns; II — o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes; III — na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança. Art. 3.º Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens".

GESTLEGAL

O Código Civil de 2.002 incluiu os cônjuges entre os herdeiros necessários, e estabeleceu formas de concorrência dos mesmos com descendentes e ascendentes, em dispositivo alvo de muitas críticas.

Vige na legislação civil brasileira, quanto aos herdeiros necessários, a seguinte disposição:

> "Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge".

E aos herdeiros necessários pertence a metade dos bens da herança, constituindo a legítima (art. 1.846 do CC/02).

Quanto à ordem da vocação hereditária, está disposto no código vigente:

> "Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I — aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II — aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III — ao cônjuge sobrevivente; IV — aos colaterais".

Estabelece a legislação os quinhões dos cônjuges, nas variadas possibilidades de concorrência com descendentes e ascendentes. Como o escopo deste estudo é a análise da renúncia à condição de herdeiro pelos cônjuges, não se avançará em outros aspectos da sucessão, cingindo-se ao tema central.

Quanto aos companheiros, o Código Civil de 2.002 inovou ao incluir dispositivos sobre a união estável no Livro IV, do Direito de Família, dentro da evolução legislativa protetiva de todas as formas de família.

Contudo, discriminou os companheiros quanto aos direitos sucessórios, colocando-os em posição de inferioridade quanto às pessoas casadas (ainda que, eventualmente, diante da situação fática, poderia haver benefício ao companheiro sobrevivente, aplicando-se o dispositivo a seguir transcrito).

Assim dispôs o legislador:

> "Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I — se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por Lei for atribuída ao filho; II — se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III — se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV — não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança".

Como se verifica, limitou os direitos sucessórios aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, estabeleceu concorrência com todos os parentes sucessíveis (e não apenas com os descendentes e ascendentes), e na concorrência os quinhões são desiguais aos estabelecidos para a sucessão entre pessoas casadas. Quanto à ordem da vocação hereditária, o retrocesso foi grave. A Lei 8.971/94, no inciso II do art. 2.º, colocava o companheiro em terceiro lugar na ordem da vocação hereditária, após descendentes e ascendentes, excluindo os demais parentes sucessíveis.

Tal opção do legislador não passou despercebida aos doutrinadores e aos tribunais, e as posições contrárias acabaram por culminar com manifestação do Supremo Tribunal Federal, pondo fim aos diversos litígios decorrentes da infeliz escolha dos parlamentares.

No julgamento dos Recursos Extraordinários 646.721 e 878.694, em 10/05/17, ao apreciar tema de repercussão geral, por maioria, o Pretório Excelso, nos termos do voto do relator, Ministro Luís Roberto Barroso, declarou, de forma incidental, a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/02.

A decisão afirma;

> "Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis n.º 8.971/1994 e

GESTLEGAL

n.º 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso".

Afirmou o STF, ao final, em repercussão geral, a seguinte tese:

"No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002."

Da mais alta relevância salientar que, também conforme decisões do Supremo Tribunal Federal, não mais se distinguem uniões estáveis hetero ou homoafetivas [2]. Portanto, o regime sucessório é aplicável indistintamente a toda e qualquer espécie de união estável.

Importante gizar, ainda, que a instituição do casamento civil e a conversão da união estável em casamento podem se dar, indistintamente, entre pessoas de sexos diferentes ou do mesmo sexo, nos termos da decisão do STJ nos autos do REsp 1.183.378/RS [3], e da Resolução 175 de 2.013, do Conselho Nacional de Justiça.

Sintetizando, pode-se afirmar que atualmente, após as manifestações dos tribunais superiores, os cônjuges ou companheiros, de relações hetero ou homoafetivas, são herdeiros necessários uns dos outros, e a sucessão legítima defere-se a todos, indistintamente, nos termos do art. 1.829 do Código Civil.

---

[2] Por votação unânime, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, decidiram os Ministros pela aplicação à união estável entre pessoas do mesmo sexo das mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011).

[3] Ementa do acórdão: "Direito de Família. Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo (homoafetivo). Interpretação dos arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 do Código Civil de 2002 . Inexistência de vedação expressa a que se habilitem para o casamento pessoas do mesmo sexo. Vedação implícita constitucionalmente inaceitável. Orientação principiológica conferida pelo STF no julgamento da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF".

Contudo, as discussões envolvendo a sucessão entre cônjuges e companheiros não se encerram nos temas antes abordados. No que nos interessa, neste estudo, está a sucessão *causa mortis* na hipótese das uniões regidas pelo regime da separação convencional de bens, e também a possibilidade do cônjuge ou companheiro renunciar à condição de herdeiro, por ocasião do pacto antenupcial ou da celebração do contrato escrito, no caso das uniões estáveis. Avançaremos na questão.

3. RENÚNCIA À HERANÇA E RENÚNCIA À CONDIÇÃO DE HERDEIRO

Prevê a legislação civil a possibilidade de qualquer herdeiro renunciar à herança. No Livro V do Código Civil, está disposto no art. 1.806 que "a renúncia da herança deve constar expressamente de instrumento público ou termo judicial".

Aberta a sucessão por morte, pode o herdeiro, por termo nos autos do inventário judicial, ou por instrumento público (escritura lavrada por tabelião de notas), renunciar à herança, sendo o ato irrevogável (art. 1.812 do CC).

A doutrina e da jurisprudência são assentes em afirmar que não pode haver renúncia à herança antes da morte daquele a que se vai suceder, pois veda a Lei que se contrate quanto a herança de pessoa viva [4].

A vedação está no art. 426 do Código Civil:

> "Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva."

[4] Apenas para ilustrar, colacionamos duas decisões: 1) Decisão monocrática da relatora, Des.ª Sandra Brisolara Medeiros, apelação cível n.º 70059126888 (N.º CNJ: 0105251-12.2014.8.21.7000), da 7 .ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, afirmando a magistrada que "as disposições dos arts. 1.804 a 1.813 do CCB também não deixam dúvidas de que a renúncia, assim como a aceitação de herança, é ato cuja realização se torna possível somente depois da abertura da respectiva sucessão"; 2) Acórdão de relatoria da Des.ª Mary Grün, apelação cível n.º 1016995-35.2014.8.26.0114, da 7.ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, asseverando a relatora seu voto que "não se admite a renúncia à herança de pessoa viva nem a renúncia parcial".

GESTLEGAL

Quando invocada para restringir a permissão de renúncia por cônjuges no momento da lavratura do pacto antenupcial, a impossibilidade vem sendo alvo de diversas críticas, pois engessa o planejamento sucessório, limita a liberdade de pactuar segundo a autonomia de vontade das pessoas, impede que o titular do patrimônio o destine da maneira que achar mais adequada.

No ponto que nos interessa, está a sucessão entre cônjuges e companheiros [5].

Inquestionável que, falecido um dos cônjuges ou companheiros, o sobrevivo, herdeiro necessário, poderá renunciar à herança. É renúncia à herança após abertura da sucessão.

Poderia ser antecipada essa renúncia, que não seria renúncia à herança *post mortem*, mas renúncia à condição de herdeiro?

Abrimos aqui um parêntesis, para discorrer sucintamente sobre os regimes de bens do casamento e da união estável.

Aos cônjuges está assegurada a liberdade de opção por um dos regimes que o código regula [6]: comunhão parcial, comunhão total, participação final nos aquestos ou separação de bens.

A opção pelo denominado regime legal, que é o da comunhão parcial de bens, se dá pela simples redução a termo nos autos do processo de habilitação de casamento. Sendo outra a escolha, devem os nubentes manifestar a vontade através de pacto antenupcial, sendo essencial à validade do ato a escritura pública (art. 1.653. É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento).

Quanto às pessoas que vivem em união estável, à falta de contrato escrito, prevalece o regime da comunhão parcial de bens na regulação de suas relações patrimoniais. Podem, no entanto, optar por outro regime, mediante contrato escrito [7].

---

[5] Anote-se que estamos a tratar de sucessão, eventual direito à meação não está em discussão, eis que não há transmissão da propriedade em razão do óbito, pois a meação já pertencia ao cônjuge sobrevivente.

[6] Há exceção à regra, consubstanciada no art. 1.641, que obriga ao regime da separação nas hipóteses ali elencadas: I — das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II — da pessoa maior de 70 (setenta) anos; III — de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

[7] Art. 1.725. "Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de

Nos termos dos incisos I e II, do art. 1.829 do Código Civil, os cônjuges concorrem com descendentes e ascendentes na sucessão por morte do cônjuge (ou companheiro [8]) falecido.

Há exceção, quanto à concorrência com os descendentes, daqueles casados pelo regime da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória (art. 1.641) [9]. Sendo o regime o da comunhão parcial, não há concorrência com descendentes se o autor da herança não houver deixado bens particulares.

Portanto, no regime de bens da separação convencional (por pacto antenupcial), e no da comunhão parcial de bens, havendo bens particulares do *de cujus*, há concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes.

Quanto aos ascendentes, há concorrência independentemente do regime adotado na união.

Não havendo descendentes ou ascendentes, o cônjuge será herdeiro universal, qualquer que seja o regime de bens do casamento (art. 1.829, III).

No Título que cuida do Direito Patrimonial entre os cônjuges, no Código Civil, o primeiro artigo reza que "é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver" (art. 1.639).

Está consubstanciada a liberdade de optar pelo regime de bens, dentre os previstos na legislação civil, e podem os nubentes "estipular,

---

bens". A doutrina preconiza que o contrato escrito referente à união estável pode ser celebrado por instrumento público ou particular, pois a Lei não impõe qualquer solenidade. Penso correta a posição. Contudo, caso pretendam os conviventes estabelecer regime diverso da comunhão parcial de bens, devem fazê-lo por escritura pública. O STF equiparou a união estável ao casamento quanto a direitos sucessórios (entendeu ser incompatível com a Carta Magna a hierarquização entre entidades familiares), e o que se pactua quanto a regime de bens reflete na sucessão — tendo em conta essa equiparação das entidades familiares, aplicável o disposto no art. 1.653, primeira parte, do Código Civil, por analogia, às uniões estáveis, a partir da decisão do Tribunal Excelso.

[8] Diante da decisão do Supremo Tribunal Federal, todos os dispositivos da sucessão se aplicam a pessoas casadas ou que vivem em união estável (Recursos Extraordinários 646.721 e 878.694).

[9] Houve bastante debate quanto a que regime se referiu o legislador, ao utilizar "separação obrigatória" no art. 1.829,I, do CC. Alguns defenderam que a separação legal (art. 1.641 do CC), e a separação convencional (por pacto antenupcial), seriam espécies do gênero separação obrigatória, e portanto o disposto no art. 1.829, I, do CC, se aplicaria aos dois casos. A questão está cristalizada no sentido de que a separação obrigatória é a separação legal de bens, imposta pela Lei no art. 1.641 do CC.

GESTLEGAL

quanto aos seus bens, o que lhes aprouver" (art. 1.639 do CC), é importante ressaltar.

Dentro de tal liberdade, poderiam os nubentes, por ocasião da lavratura do pacto antenupcial, ou os companheiros, ao contratarem por escrito, renunciar à condição de herdeiro do outro cônjuge?

Analisaremos decisões judiciais que apreciaram questões onde se deu a lavratura de pacto antenupcial com opção pelo regime da separação de bens, sem que tenha sido expressamente consignada no pacto renúncia à condição de herdeiro. Os tribunais analisaram se a escolha pelo regime da separação de bens, para regular os efeitos patrimoniais do casamento, se projetaria ou não no campo da sucessão, ou seja, se ficaria restrita ao âmbito do Direito de Família, ou avançaria até o Direito das Sucessões.

Os tribunais, instados a se manifestar diante de discussões quanto ao direito hereditário dos cônjuges casados pelo regime da separação de bens convencional (por pacto antenupcial), decidiram em sentidos diversos. As decisões mais recentes adotaram o entendimento de que o cônjuge herda, ainda que tenha o casal celebrado o pacto antenupcial, optando pelo regime da separação de bens.

A doutrina pugnou pela impossibilidade dos cônjuges que optaram pelo regime da separação convencional de bens herdarem, mas acabou por predominar também em sede doutrinária, assim como na jurisprudencial, a possibilidade de herdar.

Vejamos um pouco da discussão em sede jurisprudencial:

Algumas decisões admitiram a exclusão do cônjuge casado pelo regime da separação de bens, por pacto, da condição de herdeiro, valendo destacar um aresto do Superior Tribunal de Justiça — STJ, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi (REsp 992.749 — MS —2007/0229597-9), decisão proferida em 2.009.

Consta da ementa:

"DIREITO CIVIL. FAMÍLIA E SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. INVENTÁRIO E PARTILHA. CÔNJUGE SOBREVIVENTE CASADO PELO REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS, CELEBRADO POR MEIO DE PACTO ANTENUPCIAL POR ESCRITURA PÚBLICA. INTERPRETAÇÃO DO Art. 1.829, I, DO CC/02. DIREITO DE CONCORRÊNCIA HEREDITÁRIA

COM DESCENDENTES DO FALECIDO. NÃO OCORRÊNCIA. (...) Se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu a alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, não deve o intérprete da Lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado (...)".

O STJ acabou por alterar seu entendimento, como veremos à frente, e pelo exame das decisões do Tribunal, restou claro que algumas questões fáticas influenciaram na opção pela tese adotada. No caso de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, o casamento durou apenas dez meses, o falecido já tinha constituído o patrimônio à altura do matrimônio, já padecia o nubente de doença incapacitante, e era trinta e um anos mais velho que a nubente.

Nos tribunais inferiores, podemos citar entendimento no mesmo sentido da decisão do STJ, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, a decisão proferida no Agravo de Instrumento n.º 316.946-4, da 11.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Relator Des. Cunha Ribas, julgamento em 14/02/07. Argumentaram os julgadores: "não existe, pois, justificativa plausível para aquinhoar àquele que por vontade própria se submeteu a um determinado regime que, quando obrigatório, exclui a participação na herança deixada pelo cônjuge pré-morto". Referem-se ao regime obrigatório como a separação obrigatória de bens imposta nas hipóteses do art. 1.641 do Código Civil, e que afasta o cônjuge da herança quando há descendentes ou ascendentes (não os havendo, mesmo sendo o matrimônio regido pela separação obrigatória, o cônjuge herdará, e no caso, toda a herança — art. 1.829 III).

Contudo, e como dito, tal entendimento não se firmou, e a corrente contrária acabou por ser majoritária.

Iniciando pelos tribunais inferiores, colacionamos duas decisões:

a) Agravo de Instrumento n.º 0007645-96.2011.8.26.0000, da 2.ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator Des. José Carlos Ferreira Alves, julgamento

GESTLEGAL

em 04/10/11. O julgado criticou a decisão do STJ no REsp 992.749, asseverando que "tal julgado,..., não merecerá servir de modelo para guiar a aplicação da Lei no presente caso em razão das peculiaridades da realidade fática que motivou aquela decisão, distintas das agora *sub judice*." Invocando o escólio de Flavio Tartuce [10], o Tribunal paulista adiciona, quanto à conclusão do STJ, que "na verdade, o julgado se refere a uma situação peculiar, de um homem viúvo, com 51 anos de idade e graves problemas de saúde, que se casou com uma mulher de 21 anos de idade pelo regime da separação convencional de bens. Pela evidência, no caso de um suposto golpe do baú, houve-se por bem desenvolver a tese exposta, a fim de afastar o direito sucessório da esposa". Tem a decisão a seguinte ementa: "Inventário. Decisão que declarou que o cônjuge supérstite não é herdeiro nem meeiro. Viúva que foi casada com o autor da herança pelo regime da separação convencional. Decisão que contraria a lei, em especial os artigos 1.845 e 1829 do Código Civil. Decisão reformada. Agravo provido.";

b) Agravo de Instrumento n.º 0049419-72.2012.8.26.0000, da 9.ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relatora Des. Lucila Toledo, julgamento em 04/12/12. Consta da decisão a afirmação de que "no caso dos autos, a separação de bens não é obrigatória, mas convencional, razão porque o cônjuge deve integrar o inventário e a partilha dos bens". Vale realçar que o julgado entendeu que o art. 1.829, I, do Código Civil, ao se referir à separação obrigatória remete para o regime do art. 1.641 do mesmo diploma.

O entendimento antes acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça acabou por restar superado, e está pacificado [11] o entendimento naquela corte no sentido de que o cônjuge casado pelo regime da separação convencional de bens é herdeiro em concorrência com descendentes e ascendentes.

---

[10] Flavio Tartuce, *Manual de Direito Civil*, Ed. Método, 2011, pág. 1.225/1.226.

[11] Embora o próprio STJ consigne que o entendimento está firmado naquela corte, as decisões têm sido tomadas, ainda, por maioria. Vale analisar o AgRg no AREsp n .º 187.515 — RS, decisão de 19/09/17.

No REsp 1.472.945 — RJ (2013/0335003-3), julgado em 23/10/14, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, reconheceu-se o direito hereditário do cônjuge, por maioria, e foram invocados diversos argumentos, dentre eles:

> "3. O pacto antenupcial celebrado no regime de separação convencional somente dispõe acerca da incomunicabilidade de bens e o seu modo de administração no curso do casamento, não produzindo efeitos após a morte por inexistir no ordenamento pátrio previsão de ultratividade do regime patrimonial apta a emprestar eficácia póstuma ao regime matrimonial.
>
> 4. O fato gerador no direito sucessório é a morte de um dos cônjuges e não, como cediço no direito de família, a vida em comum. As situações, porquanto distintas, não comportam tratamento homogêneo, à luz do princípio da especificidade, motivo pelo qual a intransmissibilidade patrimonial não se perpetua post mortem".

Outras decisões no mesmo sentido podem ser consultadas: REsp n.º 1.294.404 — RS (2011/0280653-0); REsp n.º 954.567 — PE (2007/0098236-3); AgRg no AREsp n .º 187.515 — RS.

O Conselho da Justiça Federal e o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) têm manifestações no mesmo sentido do STJ, o primeiro na III Jornada de Direito Civil [12], e o segundo no X Congresso Brasileiro de Direito de Família [13].

Tratamos até aqui, no que concerne às manifestações dos tribunais, de decisões que analisaram se o cônjuge teria ou não direito hereditários no caso de matrimônios pelo regime da separação de bens convencional, se limitando os nubentes à lavratura do pacto optando por tal regime, sem que tenha sido inserida uma cláusula específica de

---

[12] Enunciado 270: "Art. 1.829: O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aqüestos, o falecido possuísse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes".

[13] Enunciado 15: "Ainda que casado sob o regime da separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente é herdeiro necessário e concorre com os descendentes".

GESTLEGAL

renúncia à condição de herdeiro. Não se presumiria, portanto, que o desejo dos cônjuges fosse que a opção pelo regime da separação convencional de bens repercutiria na sucessão por morte.

O Superior Tribunal de Justiça, nos autos do REsp n.º 954.567 — PE (2007/0098236-3), de relatoria do Ministro Massami Uyeda, julgamento em 10/05/11, enfrentou a questão sobre a validade de cláusula inserida em pacto antenupcial, a tratar de direito sucessório, concluindo por sua nulidade.

Na hipótese dos autos, o regime adotado foi o da participação final nos aquestos, e os nubentes pretenderam afastar direitos sucessórios ao celebrarem de forma solene o pacto antenupcial.

No relatório, o Ministro se refere que os nubentes se casaram "sob o regime de Participação Final nos Aquestos, nos termos do pacto antenupcial firmado entre eles, em que **constava expressamente a exclusão de qualquer partilha**, inclusive por herança ou sucessão, o patrimônio de cada cônjuge adquirido antes do casamento" (nosso o grifo).

O STJ prestigiou as decisões do juiz de primeiro grau e do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, as confirmando para entender nula cláusula do pacto antenupcial que dispunha sobre direito sucessório, invocando como fundamento o art. 1.655 do Código Civil, que "impõe a nulidade da convenção ou cláusula do pacto antenupcial que contravenha disposição absoluta de lei".

O acórdão foi assim ementado:

> "RECURSO ESPECIAL — SUCESSÃO — CÔNJUGE SUPÉRSTITE — CONCORRÊNCIA COM ASCENDENTE, INDEPENDENTE O REGIME DE BENS ADOTADO NO CASAMENTO — PACTO ANTENUPCIAL — EXCLUSÃO DO SOBREVIVENTE NA SUCESSÃO DO DE CUJUS — NULIDADE DA CLÁUSULA — RECURSO IMPROVIDO".

Em síntese, podemos dizer que estamos diante de um quadro no qual o cônjuge, na existência de descendentes do *de cujus*, concorrerá com os mesmos ainda que casado sob o regime da separação de bens convencional. E haverá concorrência com os descendentes no regime da comunhão parcial de bens, na hipótese da existência de bens particulares do falecido. Com os ascendentes, o cônjuge concorrerá,

independentemente do regime adotado, pois o inciso II do art. 1.829 do Código Civil não faz qualquer ressalva quanto ao regime adotado. E na inexistência de descendentes e ascendentes, o cônjuge será herdeiro universal, conforme inciso III do mesmo dispositivo legal. Anote-se, mais uma vez e para que não paire qualquer dúvida, que todas as afirmações referem-se também aos que vivem em união estável.

Para além disso, há todas as discussões a envolver a possibilidade de inserção de cláusulas nos pactos antenupciais, tendo como objeto os direitos sucessórios entre cônjuges. Refutada a legalidade por muitos, com invocação dos arts. 426 e 1.655 do Código Civil, em especial, e já declarada a nulidade de cláusula de tal natureza pelo STJ (como vimos), há vozes importantes e fortes argumentos a defender posição contrária.

Muitas pessoas, dentro de sua liberdade de contratar, de sua autonomia de vontade, desejam dar amplitude ao disposto no art. 1.639 do Código Civil: "é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver". E não restringir as estipulações ao regime de bens enquanto durar a união, mas projetá-las para o campo do Direito das Sucessões.

Atualmente, diante do direito posto, e das interpretações dos tribunais, os cônjuges buscam alternativas para alcance de seus objetivos, valendo-se da transmissão de bens antes do matrimônio, da lavratura de testamentos, e até mesmo da assunção de uma obrigação moral de renunciar à herança no momento oportuno. Todas alternativas paliativas, que apresentam pontos falhos e que não levam ao resultado efetivamente pretendido.

Numa sociedade em que as uniões e suas dissoluções ocorrem com muita frequência, sem as amarras dantes existentes, é de se refletir com mais atenção sobre os anseios das pessoas que pretendem se unir, permitindo que tenham mais liberdade nas decisões sobre seu patrimônio, e que possam planejar suas sucessões sem intervenções tão drásticas do Estado.

Vale notar que estamos a tratar de sucessão entre pessoas que não são parentes, a quem o legislador outorgou o *status* de herdeiros em decorrência do matrimônio e da união estável, vínculos que são criados por decisão dos interessados e que podem ser livremente desfeitos por eles.

GESTLEGAL

Rolf Madaleno, em Renúncia de Herança no Pacto Antenupcial [14], defende a possibilidade e leciona:

"Pactos matrimoniais são projetados para momentos de crise e de ruptura conjugal, que podem suceder em vida ou inevitavelmente pela morte, mas que não mais se justifica ficar o legislador brasileiro atrelado ao Código Civil de Napoleão, editado em 1804, dispondo acerca da genérica proibição de contratar herança de pessoa viva e assim evitar com intransigência a proibição do suposto pacta de corvina [15](...) Pactos matrimoniais devem atender, em respeito ao princípio da liberdade contratual, a todas as questões futuras, conquanto lícitas, recíprocas e suficientemente esclarecidas, acerca dos aspectos econômicos do casamento ou da união estável, permitindo que seus efeitos se produzam durante o matrimônio ou com sua dissolução pelo divórcio ou pela morte, conquanto as cláusulas imponham absoluta igualdade de direitos e de obrigações entre os cônjuges e conviventes no tocante ao seu regime econômico familiar e sucessório, merecendo profunda ponderação a constatação de que a autonomia privada, ao respeitar o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana, confere amplo poder discricionário nas relações patrimoniais dos cônjuges e conviventes, como tampouco restringe suas decisões existenciais quando, por exemplo, permite que casais escolham selar seus relacionamentos pelo casamento ou pela via da união estável".

O referido autor resume seu posicionamento:

"Cônjuges e conviventes podem livremente projetar para o futuro a renúncia de um regime de comunicação de bens, tal qual podem projetar para o futuro a renúncia expressa ao direito concorrencial

[14] Disponível em: https://infographya.com/files/RENUNCIA_DE_HERANCA_NO_PACTO_ANTENUPCIAL.pdf. Acesso em: 18 mai. 20.

[15] Denominação que se dá ao contrato que tem por objeto a herança de pessoa viva. Deriva a designação de uma referência aos hábitos alimentares dos corvos, aves negras que se alimentam de animais mortos, e o objeto da avença, no caso a herança de pessoa viva. Haveria uma questão moral atinente ao desejo de que venha a falecer aquele com quem se pactuou.

dos incisos I e II, do artigo 1.829 do Código Civil brasileiro, sempre que concorram na herança com descendentes ou ascendentes do consorte falecido. A renúncia de direitos hereditários futuros não só não afronta o artigo 426 do Código Civil (pacta corvina), como diz notório respeito a um mero benefício vidual, passível de plena e prévia abdicação, que, obviamente, em contratos sinalagmáticos precisa ser reciprocamente externada pelo casal, constando como um dos capítulos do pacto antenupcial ou do contrato de convivência, condicionado ao evento futuro da morte de um dos parceiros e da subsistência do relacionamento afetivo por ocasião da morte de um dos consortes e sem precedente separação de fato ou de direito".

Outro autor a esposar a tese é Mário Luiz Delgado, "Da renúncia prévia ao direito concorrencial por cônjuges e companheiros [16]". Ao discorrer sobre o tema, o autor aborda o ressurgimento da temática nos debates, "notadamente depois que o cônjuge sobrevivente (e talvez o companheiro [17]) foram promovidos à categoria de herdeiros necessários, sem que tal decisão (legislativa e jurisprudencial) contasse com qualquer adesão social, o que tem forçado as famílias conjugais a recorrerem a arranjos contratuais no afã de fazer prevalecer a própria autonomia patrimonial".

Toca o autor num ponto da mais alta relevância: não há adesão social à decisão legislativa e jurisprudencial, e efetivamente cada vez mais se vê a busca para prevalência da autonomia patrimonial, com o recurso, como bem dito, a "arranjos contratuais", que nem sempre atendem a contento, ou quase sempre não atendem a contento, à vontade das partes.

Não pode o intérprete, enquanto não se altera a legislação, ignorar os anseios daqueles a quem se destinam as leis.

Em conclusão, afirma Mario Luiz Delgado:

"Nada há que impeça, em regra, a renúncia dos direitos concedidos por lei, salvo se contrariar a ordem pública ou se for em prejuízo

[16] Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-abr-07/processo-familiar-renuncia-previa-direito-concorrencial-conjuge-companheiro. Acesso em 17 mai. 20.

[17] Entendemos não haver dúvida, após a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Recursos Extraordinários 646.721 e 878.694.

de terceiro, o que não ocorre na específica hipótese do direito à concorrência sucessória do cônjuge ou companheiro, que não se confunde com a hipótese de ser chamado sozinho à sucessão, como herdeiro único e universal. Assim, validamente renunciável é o direito concorrencial na hipótese em que o cônjuge é chamado a suceder em conjunto com descendentes ou ascendentes".

E disse ainda que, no seu sentir, sequer há necessidade de alteração da legislação: "e isso pode ser feito, ressalte-se, de *lege lata*, ou seja, sem necessidade de alteração legislativa do artigo 426 do Código Civil", anotando que "a interpretação do artigo 426 deve ser necessariamente restritiva, de modo a abranger apenas a proibição expressa na dicção da lei, qual seja, a de se contratar a herança de pessoa viva, sem participação dessa pessoa".

O pacto antenupcial não tem a mesma natureza jurídica dos contratos a que se refere o art. 426, inserido no Livro que trata das Obrigações pelo Código Civil. É instituto do Direito de Família e, portanto, como afirmado por Mário Luiz Delgado, não deve ser alcançado por uma interpretação extensiva do disposto no artigo em comento.

Frente a todo o exposto, é de se concluir que, embora haja um entendimento doutrinal e jurisprudencial predominante quanto aos direitos hereditários dos cônjuges ou companheiros unidos pelo regime da separação convencional de bens, importantes argumentos há no sentido contrário, valendo mais uma vez ressaltar que as decisões dos tribunais têm sido tomadas, via de regra, por maioria.

Nesse contexto de incerteza, a orientação das partes ganha mais relevo. Ao decidirem contrair matrimônio ou viver em união estável, devem ter clareza quanto às consequências da opção pelo regime de bens que irão adotar.

Não há renúncia tácita à condição de herdeiro, portanto a simples adoção do regime da separação convencional de bens (ou da comunhão parcial, com relação aos bens particulares) não importará no afastamento do cônjuge dos direitos sucessórios, não leva a tal presunção.

Caso as partes queiram que o futuro cônjuge ou companheiro não tenha direitos sucessórios, devem expressamente renunciar à condição de herdeiro no momento da lavratura do pacto antenupcial ou do pacto patrimonial nas uniões estáveis. A cláusula deve constar de

forma expressa, inequívoca, no sentido de que o regime de bens a vigorar para o casamento ou a união não terá reflexos *post mortem*.

Penso que essa estipulação de *non succedendo* é totalmente legal, não fere o ordenamento jurídico e está em consonância com os anseios das partes que podem, quanto a seus bens, definir o que melhor lhes aprouver, na dicção do art. 1.639 do Código Civil.

E o fato de um casal, no início de sua convivência, entender por separar o patrimônio para a vida e a morte, cada qual mantendo o seu, não o impede de alterar essa decisão. Se no decorrer da vida, chegar à conclusão que deve haver, de alguma forma, comunicação desse patrimônio, seja em vida ou após a morte, alternativas há.

A primeira está expressa na lei, no §2.º do art. 1.639 do Código Civil: "é admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros [18]". Vê-se que a própria alteração do regime de bens é admitida, embora exija o pronunciamento judicial, o que sempre demanda tempo e gastos. Alterado o regime de bens, reflexos haverá também na sucessão concorrencial entre cônjuges e descendentes, eis que o inciso I do art. 1.829 do Código Civil criou situações diversas na concorrência, a depender do regime de bens do casamento (ou da união estável, conforme decidido pelo STF).

Outra alternativa seria a revogação conjunta pelos cônjuges da cláusula do pacto antenupcial ou patrimonial referente à renúncia à condição de herdeiro. Não se cuidando de renúncia à herança após aberta a sucessão, ato unilateral, não seria caso de irrevogabilidade da renúncia, aplicável estritamente àquela hipótese [19]. Essa cláusula não diz respeito ao regime de bens a vigorar durante o casamento, e portanto não está sujeita à autorização judicial para ser alterada. É cediço que o pacto antenupcial pode conter estipulações patrimoniais que não digam respeito estritamente ao regime de bens que regulará o matrimônio, não se exigindo quanto às mesmas o rigor da autorização judicial

[18] Vigorava no Código Civil de 1.916 o princípio da imutabilidade do regime de bens, afastado pelo código vigente.

[19] Art. 1.812 do CC: São irrevogáveis os atos de aceitação ou de renúncia da herança.

GESTLEGAL

para sua alteração. Tendo em conta que a escritura pública é requisito de validade do pacto antenupcial (art. 1.653 do CC), a alteração das cláusulas inseridas no pacto, ainda que não digam respeito ao regime de bens do casamento, deve se dar pela mesma forma. É salutar reforçar: a revogação deve ser conjunta, pela mesma razão que a renúncia deve ser recíproca, destinada a manter a igualdade entre os cônjuges.

Importante clarificar, mais, que a pactuação nos termos propostos não impede o cônjuge de testar em benefício do outro, ou mesmo de doar bens particulares durante o matrimônio. São institutos diversos, não alcançados pela renúncia à condição de herdeiro. O fato de uma pessoa ter pactuado não participar da sucessão legítima do cônjuge, não a impede de participar da sucessão testamentária (que se dará em razão da manifestação de vontade unilateral do consorte), como herdeira ou legatária.

Contudo, apenas uma alteração legislativa viria a pacificar definitivamente essas tormentosas questões. Enquanto não ocorrer, vivenciaremos avanços e retrocessos, e decisões casuísticas.

Bem fez o legislador português, que editou a Lei 48/2.018, que será analisada a seguir.

4. A SOLUÇÃO DO DIREITO PORTUGUÊS

O Código Civil português foi alterado pela Lei 48/2.018, de 14/08/18, para reconhecer "a possibilidade de renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário na convenção antenupcial". O herdeiro legitimário corresponde ao herdeiro necessário da legislação brasileira.

A regra, no Direito Português, é a da impossibilidade de se dispor sobre a sucessão hereditária na convenção antenupcial (art. 1.699.º — 1, Não podem ser objecto de convenção antenupcial: a — A regulamentação da sucessão hereditária dos cônjuges ou de terceiro, salvo o disposto nos artigos seguintes...). Contudo, o próprio dispositivo já indica haver exceções, às quais foi acrescentada mais uma, a da renúncia recíproca à condição de herdeiro.

A alteração introduziu mudanças aos arts. 1.700.º e 2.168.º do Código Civil, e acrescentou ao diploma o art. 1.707.º-A, que estabeleceu o regime da renúncia à condição de herdeiro.

A redação do art. 1700.º, que trata das disposições por morte consideradas lícitas nas convenções antenupciais, após a inclusão da alínea *c* do número 1 e do número 3 pela Lei 48/2.018, restou assim configurada:

> "1. A convenção antenupcial pode conter: *a)* A instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário em favor de qualquer dos esposados, feita pelo outro esposado ou por terceiro nos termos prescritos nos lugares respectivos; *b)* A instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário em favor de terceiro, feita por qualquer dos esposados; *c)* A renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário do outro cônjuge.
>
> 2. São também admitidas na convenção antenupcial cláusulas de reversão ou fideicomissárias relativas às liberalidades aí efectuadas, sem prejuízo das limitações a que genéricamente estão sujeitas essas cláusulas.
>
> 3. A estipulação referida na alínea *c)* do n.º 1 apenas é admitida caso o regime de bens, convencional ou imperativo, seja o da separação".

No Direito Português restou limitada a possibilidade de renúncia à condição de herdeiro ao cônjuge casado pelo regime da separação de bens convencional ou imperativo (correspondentes aos nossos regimes de separação convencional e obrigatório — ou legal).

Editada a alteração, emergiu controvérsia acerca da extensão da renúncia: seria apenas à condição de herdeiro legitimário ou à condição de herdeiro, abarcando também a posição de herdeiro legítimo?

Ana Filipa Santos da Luz [20] aponta as razões da controvérsia: "de facto, se o artigo 1700.º, n.º 1, c) do CC parece apontar no sentido que o pacto sucessório respeita somente à 'condição de herdeiro legitimário', a verdade é que as formulações usadas quer no artigo 1707.º-A do CC ('regime da renúncia à condição de herdeiro') como no n.º 2 do mesmo

[20] "Contratos Sucessórios Renunciativos entre Nubentes. Análise Crítica às Alterações Introduzidas ao Código Civil pela Lei 48/2018, de 14 de agosto", Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Disponível em: https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/125244/2/374113.pdf. Acesso em: 18 mai. 20.

artigo ('a posição sucessória do cônjuge') e ainda no artigo 2168.º, n.º 2 do diploma citado ('cônjuge sobrevivo que tenha renunciado à herança') parecem, diferentemente, abranger a condição de herdeiro legal, a qual abrange quer a condição de herdeiro legitimário como a de legítimo".

O Código Civil Português, ao regular a sucessão legítima, arrola as categorias de herdeiros legítimos no art. 2.132.º: "são herdeiros legítimos o cônjuge, os parentes e o Estado, pela ordem e segundo as regras constantes do presente título".

Dentre os herdeiros legítimos, elege os legitimários (necessários) no art. 2.157.º: "são herdeiros legitimários o cônjuge, os descendentes e os ascendentes, pela ordem e segundo as regras estabelecidas para a sucessão legítima".

E qual a relevância da distinção? Se considerarmos que a alteração legislativa alcançou a condição de herdeiro, como um todo, a herança não seria recolhida pelo cônjuge à falta de descendentes e ascendentes, observada a ordem de vocação hereditária do art. 2.133.º, cabendo o acervo hereditário a irmãos do obituado e descendentes daqueles.

A autora citada, invocando o escólio de Rute Teixeira Pedro (Pactos sucessórios renunciativos entre nubentes à luz do artigo 1700.º, n.º 1, alínea *c* do Código Civil), defende que a renúncia alcança tão somente a posição de herdeiro legitimário, aduzindo dentre outros argumentos que: "a sucessão legitimária é a única que é imperativa, impondo-se, assim, contra a vontade do autor da sucessão, compreende-se que seja só relativamente a ela que se justifica o reconhecimento da faculdade de afastamento do seu funcionamento por ato negocial. De facto, no que diz respeito à quota disponível, o cônjuge pode, a qualquer momento, afastar o seu consorte da sucessão legítima, por testamento, quer direta (excluindo-o do elenco de herdeiros legítimos) como indiretamente (dispondo de todos os bens de que pode dispor em favor de outras pessoas que não o consorte)".

A autora indica que a controvérsia subsiste, e apresenta a opinião de Eva Dias Costa [21], para quem "o pacto renunciativo versa sobre toda a

[21] Eva Dias Costa, *A posição sucessória do cônjuge sobrevivo no direito português: a propósito da Lei 48/2018, de 14 de agosto*, in *Direito em Dia Magazine*, 2019. Disponível em: https://direitoemdia.pt/magazine/show/55. Acesso em: 19 mai. 20.

posição sucessória do cônjuge, pelo que o cônjuge renunciante abdica, assim, à condição de herdeiro legitimário (cfr. artigos 2158.º a 2161.º do CC) e à de herdeiro legítimo (cfr. artigos 2132.º a 2134.º do CC)".

Assevera Eva Dias Costa que: "renunciando à posição sucessória legitimária na convenção antenupcial ao abrigo da nova alínea *c)* do artigo 1700.º do Código Civil, o nubente renuncia a tudo isto. É que quer a aceitação quer o repúdio têm carácter uno — além de irrevogável — e a declaração de vontade de aceitar, nos contratos *de succedendo*, ou de repudiar, nos de *non succedendo*, constitui um ato antecipado, irrevogável e uno, de suceder ou de não suceder. Renunciando à chamamento a título legitimário, o cônjuge está a fazê-lo também a título legítimo, mercê da regra da indivisibilidade da vocação sucessória".

Essas discussões do Direito Português estão balizadas pela legislação vigente. No Direito Brasileiro acabam por ser mais largas, pois o que se busca é a construção de uma solução ante à falta de permissão ou proibição expressa, no que respeita à renúncia à condição de herdeiro no pacto antenupcial.

Diante da insegurança jurídica, e até que se pacifique a questão, ao cônjuge que queira afastar o outro de sua sucessão, após a lavratura da convenção antenupcial com a renúncia recíproca à condição de herdeiro, deve testar excluindo o consorte da sucessão legítima, afastando qualquer dúvida.

No Direito Português há, ainda, uma controvérsia que se mostra irrelevante atualmente no Brasil (diante da já vista decisão do STF): o regramento não é o mesmo para os casamentos e para as uniões de fato, o que importa em que, na análise e interpretação das diversas situações e suas repercussões legais, leve-se em conta eventual vantagem que possa existir numa hipótese em relação à outra (união de fato/casamento).

5. A ATUAÇÃO NOTARIAL NO CONTEXTO LEGISLATIVO ATUAL E SEUS REFLEXOS NO REGISTRO CIVIL E DE IMÓVEIS

Feitas todas as considerações, qual a relevância das mesmas para o Direito Notarial e Registral?

Começaremos a abordagem do fim para o início, analisando as questões envolvendo os registros civil e de imóveis, que atuam após

o notário, este com atribuição para lavrar os pactos antenupciais. E o faremos para encerrar o trabalho com as reflexões mais relevantes, que dizem respeito exatamente sobre a lavratura dos pactos antenupciais com a inserção de cláusula de renúncia à condição de herdeiro dos cônjuges.

Quanto ao Registro Civil de Pessoas Naturais, examinará o registrador civil, quando for o caso, o pacto antenupcial no curso do processo de habilitação para o casamento ou para a conversão da união estável em casamento. Na conversão da união estável em casamento [22] podem os interessados optar por regime que não o da comunhão parcial de bens, e para tanto terão que manifestar sua vontade através de pacto antenupcial. A equiparação da união estável ao casamento leva à aplicação das mesmas regras, no que for cabível — *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio.*

Devem os nubentes apresentar os documentos exigidos pela Lei civil para a habilitação (art. 1.525 do Código Civil).

Durante o processo de habilitação, "é dever do oficial do registro esclarecer os nubentes a respeito dos fatos que podem ocasionar a invalidade do casamento, bem como sobre os diversos regimes de bens" (art. 1.528 do Código Civil).

Dispõe o art. 1.640 do mesmo diploma, que "não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial. Parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas".

Realizado o casamento, do seu registro deve constar "o regime do casamento, com a declaração da data e do cartório em cujas notas foi lavrada a escritura antenupcial, quando o regime não for o da

[22] Art. 1.726 do Código Civil; "a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil". O legislador inseriu a possibilidade na lei, mas não detalhou o procedimento para a conversão, sendo muito lacônico. Nos termos do §3.º do art. 226 da Constituição Federal, deveria a Lei facilitar a conversão da união estável em casamento.

comunhão parcial, ou o obrigatoriamente estabelecido" (inciso VII do art. 1.536 do Código Civil).

Verifica-se, portanto, que ao registrador civil cabe orientar os nubentes sobre os regimes de bens, analisar se o pacto antenupcial (nas hipóteses em que for apresentado) é válido e eficaz, e ao fim do processo, lavrar o assento de casamento no livro próprio exarando, dentre outras informações, as referentes ao pacto antenupcial.

Anote-se que o pacto antenupcial não é requisito para a adoção do chamado regime legal de bens, atualmente o da comunhão parcial, bastando a redução por termo da opção no processo de habilitação para o casamento. No entanto, caso os nubentes desejem estabelecer cláusulas outras, poderão fazê-lo através de pacto antenupcial, o que é pacífico, mesmo adotando o regime da comunhão parcial de bens.

Optando os nubentes por regime diverso do legal, apresentarão o pacto lavrado por escritura pública (requisito essencial) ao oficial do registro civil.

Deparando-se o registrador civil com um pacto no qual tenha sido convencionada a renúncia à condição de herdeiro pelos nubentes, deve recusar a prática dos atos no registro civil?

Caso não exista qualquer vício no pacto, no que concerne aos requisitos referentes ao casamento, cabe ao registrador civil prosseguir no processo de habilitação, com posterior celebração do casamento e lavratura do registro em livro próprio (Livro B — art. 33, II, da Lei 6.015/73), com as indicações sobre o pacto nos termos do inciso VII do art. 1.536 do Código Civil.

Isso porque não releva para o registro civil o exame de cláusulas que digam respeito aos direitos sucessórios entre cônjuges. Os efeitos patrimoniais do casamento, durante a sociedade conjugal, estarão definidos e preservados.

É certo que a cláusula de renúncia à condição de herdeiro poderá vir a ser discutida, diante das controvérsias existentes. Ainda que venha a ser considerada inválida, o pacto antenupcial não será alcançado integralmente pela declaração de invalidade da cláusula, como se vê do teor do art. 1.655 do Código Civil, inserido no capítulo que trata do pacto antenupcial: "é nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei". O entendimento pela nulidade, no

GESTLEGAL

caso, se restringiria à cláusula em discussão, mantendo-se hígido o pacto quanto ao regime de bens adotado.

Portanto, não deve o registrador civil recusar a prática dos atos referentes ao casamento.

Passando ao registro imobiliário, encontramos previsões de registro e averbação do pacto antenupcial nos arts. 167, I, 12; 167, II, 1; 178, V; e 244 da Lei 6.015/73. Determina a legislação o registro do pacto no Livro 3, Registro Auxiliar, e sua averbação nas matrículas dos imóveis que pertençam aos cônjuges (tanto dos imóveis que constituem bens particulares, quanto dos comuns).

O Código Civil condiciona o registro do pacto antenupcial no Registro Imobiliário, no Livro 3, para a produção de efeitos com relação a terceiros [23]. A Lei 6.015/73, no art. 244, cuida dos atos a praticar no registro imobiliário [24].

O pacto antenupcial é ineficaz se não lhe seguir o casamento (art. 1.653 do CC). Assim, só terá acesso ao registro imobiliário se tiver acontecido o casamento. O oficial do registro civil, no exercício do seu mister, já examinou o pacto, no processo de habilitação para o casamento, e lavrou o assento do matrimônio. O registrador imobiliário, ao ser provocado para a prática de atos em que o título, em sentido formal, seja o pacto antenupcial, deve exigir comprovação do casamento, a demonstrar a eficácia daquele.

No exame do título, não deve o registrador imobiliário, pelas mesmas razões que o registrador civil, qualifica-lo negativamente.

Os atos praticados no registro imobiliário, relativos aos pactos antenupciais, têm como finalidade dar publicidade aos mesmos, garantindo produção de efeitos em relação a terceiros, e alcançando assim a segurança jurídica dinâmica. Já realizado o casamento, e não sendo nulo o pacto, eventual discussão sobre cláusula que verse sobre também

[23] Art. 1.657: "as convenções antenupciais não terão efeito perante terceiros senão depois de registradas, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges".

[24] Art. 244 — "as escrituras antenupciais serão registradas no livro n.º 3 do cartório do domicílio conjugal, sem prejuízo de sua averbação obrigatória no lugar da situação dos imóveis de propriedade do casal, ou dos que forem sendo adquiridos e sujeitos a regime de bens diverso do comum, com a declaração das respectivas cláusulas, para ciência de terceiros".

eventuais direitos sucessórios (pois pode haver patrimônio ou não por ocasião do passamento de cada um dos cônjuges), não há de obstar seu acesso ao registro imobiliário.

Consolidação Normativa da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro determina a prática de atos no registro de imóveis, quanto às escrituras de união estável [25] que contenham pactos patrimoniais, tal qual se procede quanto aos pactos antenupciais nos casamentos:

> "Art. 538, §4.º As Escrituras de União Estável, quando contiverem Pactos Patrimoniais, serão também registradas no Livro n.º 3 — Registro Auxiliar e Averbadas nas Matrículas dos Imóveis".

Se as escrituras forem apenas de pactos patrimoniais, em razão da união estável já ter sido reconhecida anteriormente, o procedimento deve ser o mesmo.

Passemos, então, ao ponto nodal deste tema, no âmbito de atuação dos notários: instado a lavar uma escritura de pacto antenupcial, ou pacto patrimonial, na qual as partes solicitem que se insira cláusula de renúncia à condição de herdeiro, deve a solicitação ser qualificada positivamente pelo tabelião, com a prática do ato notarial?

Inicialmente, uma observação: diante da discussão envolvendo a sucessão e a condição de herdeiro necessário do cônjuge, nos casamentos pelo regime da separação convencional de bens (ainda há instabilidade nesse campo), e do senso comum dos que não são profissionais do direito de que, sendo o casamento regido pela separação de bens convencional, não há direito à herança, devem os notários bem esclarecer a situação na altura da lavratura do pacto. Como medida preventiva, devem inserir nas escrituras que os nubentes foram orientados sobre todas as consequências da adoção do regime, inclusive quanto aos aspectos sucessórios.

Voltando à questão central, o que impediria a inserção da cláusula seria uma eventual nulidade, diante do disposto no art. 426 do Código

[25] O Provimento 37/2.014 do CNJ dispõe sobre o registro de união estável, no Livro "E", pelo Registro Civil das Pessoas Naturais.

GESTLEGAL

Civil, que obsta que seja objeto de contrato a herança de pessoa viva e, por constituir uma vedação legal, importaria em nulidade diante do inciso VII do art. 166 do mesmo código: "Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: VII — a Lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção". Na hipótese, a Lei lhe proibiria a prática, sem cominar sanção.

Estivéssemos diante de um caso inquinado de vício de anulabilidade, não hesitaria em afirmar que o notário deveria praticar o ato.

Já invoquei em outras oportunidades a solução do Código do Notariado Português que, no art. 174.º, 1, impede ao notário recusar sua intervenção sob o fundamento do ato ser anulável ou ineficaz, devendo advertir as partes da existência do vício e consignar no instrumento a advertência. A solução é interessante e penso que deva ser por nós adotada. Dentro da liberdade de pactuar, devem as partes decidir em que termos, assumindo os riscos.

Quanto às nulidades, dispõe o Código do Notariado Português: "Artigo 173.º Casos de recusa. 1 — O notário deve recusar a prática do acto que lhe seja requisitado, nos casos seguintes: a) Se o acto for nulo...". Respeitam tais nulidades ao ato notarial, não aos atos ou negócios jurídicos. Quanto às nulidades que resultam da Lei substantiva civil, o princípio da legalidade inserto no art. 4.º, 1, do Código do Notariado [26] impede ao notário de realizar um ato nulo. No Decreto Lei n.º 26/2.004, que instituiu o Estatuto do Notariado, expresso está o princípio da legalidade no art. 11.º: "1 — O notário deve apreciar a viabilidade de todos os actos cuja prática lhe é requerida, em face das disposições legais aplicáveis e dos documentos apresentados ou exibidos, verificando especialmente a legitimidade dos interessados, a regularidade formal e substancial dos referidos documentos e a legalidade substancial do acto solicitado". O número 2, *a*, primeira parte, do referido dispositivo dispõe que o notário deve recusar a prática de atos que sejam nulos.

Contudo, se houver discussão doutrinária e jurisprudencial quanto à nulidade? Nesses casos, o notário poderá praticar o ato, enquanto

[26] Artigo 4.º Competência dos notários. 1 — Compete, em geral, ao notário redigir o instrumento público conforme a vontade das partes, a qual deve indagar, interpretar e adequar ao ordenamento jurídico, esclarecendo-as do seu valor e alcance.

intérprete e aplicador do direito, respondendo pela solução jurídica aplicada, a ser adotada após orientação das partes sobre todas as circunstâncias envolvidas e clara opção destas, a ser expressada no ato notarial.

João Maia Rodrigues [27], que foi bastonário da Ordem dos Notários em Portugal, assim se pronunciou sobre a questão:

> "Em relação aos actos de legalidade duvidosa, como por exemplo matérias de grande controvérsia jurisprudencial ou doutrinal, não conseguindo o notário dissuadir as partes da feitura do acto, deve precaver-se contra uma futura acção de responsabilidade civil que daí possa surgir, consignando no texto as suas dúvidas e por essa forma atestar da licitude do seu comportamento".

Propõe o notário português que se tente dissuadir as partes da feitura do ato, praticando-o apenas se não lograr êxito na tentativa de dissuasão. Peço vênia para discordar. Penso que às partes deve ser apresentada e esclarecida a controvérsia, e que o notário apresente as soluções jurídicas possíveis, dentre elas a que possa vir a ser reconhecida como nula, mas que se apresenta defensável tanto na doutrina e na jurisprudência. Dentro do múnus de assessoramento, ao notário cabe informar o que lhe parece plausível, recusando-se apenas se, diante da controvérsia, esteja convencido da nulidade. Se não estiver, deve a decisão caber às partes. Assim como João Maia Rodrigues, entendo que do texto deva constar relato do ocorrido, para prevenção de responsabilidade.

É certo que os tabeliães são vetores da paz social, atuam preventivamente, e dessa atuação deve emergir a prevenção de litígios. Dentre os princípios informadores da atividade estão os da eficácia e da segurança jurídica, que seriam a aptidão para produzir efeitos, e a certeza quanto ao ato e sua eficácia, promovendo a libertação dos riscos.

Na atividade extradocumental, exercendo a função de conselheiro, de assessoramento das partes, deve o tabelião examinar a legalidade

[27] Responsabilidade Civil dos Notários, disponível em: https://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/legislacao/publicacao-de-brn/docs-brn/2003/brn-2-de-2003/downloadFile/attachedFile_3_f0/opiniao_02-03.pdf?nocache=1207740450.24. Acesso em: 24 mai. 20.

da situação antes da lavratura dos atos, antes de passar à fase documental de sua atuação, quando dá forma legal à manifestação de vontade das partes.

Também é certo que o tabelião é profissional do direito (art. 3.º da Lei 8.935/94), e como tal, lhe cabe orientar as partes sobre as hipóteses que podem atender seus interesses, as repercussões jurídicas de cada uma das opções, e os riscos que podem decorrer de determinadas escolhas. Optando as partes por solução que importe em riscos, deve o notário adverti-los dos riscos e consignar no instrumento a advertência.

Quando, na atividade de aconselhamento, as partes solicitam ao tabelião que dê forma jurídica a um ato indubitavelmente nulo, como por exemplo, a venda de um imóvel por um menor absolutamente incapaz, deve ser recusada a prática do ato.

Contudo, pode se deparar o tabelião com uma solicitação que diga respeito à prática de um ato, ou a inserção de uma cláusula, que sejam amplamente discutidos na doutrina, e com relação aos quais a jurisprudência seja vacilante.

É exatamente a hipótese em estudo: a solicitação de inserção no pacto antenupcial de cláusula de renúncia recíproca à condição de herdeiro pelos cônjuges (ou companheiros no pacto patrimonial). A nulidade estaria na combinação dos arts. 1.655 e 426 do Código Civil, sendo considerada nula a cláusula do pacto que contravenha disposição absoluta de lei, e essa disposição seria não poder ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

Há quem defenda a legalidade, refutando com importantes argumentos a nulidade. Os tribunais, quando se trata do regime da separação convencional de bens, em vários julgados já entenderam que, ainda que não tenham os cônjuges afastado expressamente os direitos sucessórios no pacto, a simples opção pela separação de bens já teria esse efeito, ínsito. E, embora atualmente predomine entendimento diverso, os julgados têm sido proferidos por maioria de votos, restando certo que o tema ainda é controvertido. Para os que defendem que o efeito é inerente à simples opção pelo regime da comunhão parcial de bens, viável seria a inserção da cláusula, ao menos no caso de eleição desse regime de bens, da separação.

Dentro desse contexto, em que a atividade notarial do tabelião, profissional do direito se exerce com independência jurídica e

imparcialidade, no acolhimento da vontade das partes, devem ter em conta os notários, primeiramente, a **autonomia de vontade das partes.**

Ao qualificar a manifestação de vontade das partes, se não se verifica nulidade absoluta, inquestionável, ao recusar a prática do ato, estaria o tabelião a impedir que os interessados, dentro de sua liberdade de agir, expressassem sua vontade, autônoma.

No caso do pacto antenupcial, as partes estão obrigadas à forma legal da escritura pública pelo art. 1.653 do Código Civil e, portanto, só podem estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver (art. 1.639 do CC), através da atuação do notário. E na dicção da lei, como se vê, lhes é lícito estipular, quanto aos bens, o que lhes aprouver (art. 1.639 do CC). Não há prejuízo para terceiros, ou violação de norma de ordem pública.

A autonomia de vontade das partes deve ir ao encontro da liberdade de interpretação do tabelião, que deve praticar os atos que entender estarem dentro de um contexto de legalidade.

Já tive oportunidade de refletir o pensamento do Des. Ricardo Dip, em Registro de imóveis (2005, p. 132):

> "(...) decidir que futuro haverá para as instituições do registro e das notas é escolher já, como faz quem se adverte responsável pelo tempo que passa, se essas instituições detêm liberdade jurídica para sua atuação profissional. Sem essa liberdade, correm risco de com ela morrerem a autonomia de vontades e a propriedade particular. Nisso há também um risco da decisão, mas esse risco é o que valoriza a liberdade".

Não pode morrer a autonomia de vontade das partes, no caso em foco consentânea com os anseios mais atuais, e que não importa numa nulidade inquestionável, ao exame da legislação brasileira. A liberdade de escolha das pessoas, no âmbito de suas vidas privadas, não pode ser tolhida por excessiva intervenção estatal, sob pena mesmo de ferir princípios constitucionais.

Há riscos, dos quais as partes devem ser advertidas, mas podem decidir assumi-los, valorizando sua liberdade, como assevera o desembargador paulista.

E riscos para o notário não pode haver, pois seu atuar estará dentro do regular exercício de sua profissão. O Direito não está estagnado, e os profissionais que têm liberdade de interpretação devem fazê-lo de acordo com os novos desafios que lhe são apresentados. Estará decidindo de acordo com seu entendimento jurídico, ainda que em desacordo com o entendimento majoritário, ao menos por ora.

Ao se fazer uma ponderação sobre todas as circunstâncias da renúncia à condição de herdeiro pelos cônjuges, por ocasião da celebração do pacto, a conclusão a que se chega é que deve ficar ao arbítrio das partes a opção ou não pela renúncia. Não há uma nulidade inquestionável e, em consequência, não cabe ao notário recusar a prática do ato, se compartilha desse entendimento. Pelo contrário, é dever do notário praticar o ato, com as orientações e advertências cabíveis. Ao tabelião cabe, assim como aos magistrados e demais operadores do Direito, interpretar com autonomia e responsabilidade as normas jurídicas.

Adriano Mesquita Dantas e Guilherme Guimarães Feliciano [28] examinam a independência do Poder Judiciário na sua liberdade técnica de convicção, e refutam "a possibilidade de que a adoção de certo entendimento jurídico possa valer, ao juiz, procedimentos disciplinares", afirmando:

> "Portanto, não cabe às Corregedorias perseguir 'infração de hermenêutica', sob pena de atentarem contra os próprios fundamentos da República (art. 1.º, incisos III e V, arts. 2.º e 3.º, inciso I, da CF)" (negrito do original).

Não podem os notários temer as "infrações de hermenêutica", sob pena de se tonarem simples amanuenses. O exercício da atividade exige que sejam efetivos profissionais do Direito, agindo com independência e autonomia, sendo atores da transformação e da evolução do Direito.

Em termos práticos, partilhando do entendimento de que não há nulidade na cláusula, deve o tabelião inserir nas escrituras de pacto

[28] Em "Independência Judicial *versus* Poder Disciplinar", disponível em: https://hdl.handle.net/20.500.12178/103777. Acesso em: 22 mai. 20.

antenupcial e patrimonial, a cláusula de renúncia recíproca à condição de herdeiro. Deve ser recíproca, pois deve ser respeitada a igualdade entre os cônjuges/companheiros. Não servem os pactos para estabelecer condições privilegiadas para uma das partes, pois devem refletir igualdade de direitos e obrigações entre os pactuantes.

Entendo que a renúncia, não havendo limitação na legislação vigente, pode ocorrer quanto à condição de herdeiro de uma forma geral, não se limitando à condição de herdeiro necessário concorrente com descendentes e ascendentes, como preconizam alguns autores, ou à adoção de determinado regime de bens. No Direito Português, no qual há previsão legal expressa para a renúncia, a mesma está adstrita aos casamentos pelo regime da separação convencional de bens, e surgiram discussões se estaria ainda limitada à condição de herdeiro legitimário (necessário), ou à condição de herdeiro, como um todo. Contudo, tais discussões decorrem de interpretação dos termos utilizados na alteração legislativa, que no entender dos autores lusos, deixaram margem a dúvidas.

O notário pode, ainda, ser chamado a intervir num inventário e partilha na via administrativa (§1.º do art. 610 do CPC), sendo todos os herdeiros capazes e concordes, no qual declarem as partes que o cônjuge ou companheiro não é herdeiro em razão de ter renunciado à essa condição na altura da lavratura do pacto. Deve acatar essa declaração e proceder ao inventário e partilha sem inclusão do cônjuge ou companheiro no rol dos herdeiros (sem prejuízo de pagamento da meação, se for o caso, pois meação e herança não se confundem). Pode ainda ter havido a referida renúncia, e o cônjuge ou companheiro serem herdeiros por força de disposição testamentária.

O problema pode surgir, efetivamente, na via judicial. O magistrado que presidir o feito poderá, valendo-se da sua também autonomia e independência jurídica, entender que a cláusula de renúncia é nula. Para que não haja quebra da confiança, aquele que renunciou deve ratificar sua renúncia, no caso renúncia à herança em razão da sucessão aberta, e se alcançaria o resultado pretendido. Agir de outra forma, seria *venire contra factum proprium*.

Para que a situação reste totalmente solucionada, livre de celeumas, cabe ao legislador se voltar para o que é uma demanda social, já enfrentada em outros países, alterando o Código Civil para permitir a renúncia

GESTLEGAL

à condição de herdeiro entre os cônjuges e companheiros, definindo em que hipóteses pode ocorrer e emoldurando com completude o instituto. Se assim não fizer, continuaremos num ambiente de incerteza e insegurança jurídica, deixando a cargo do Judiciário impor soluções, ora num sentido, ora noutro, numa questão na qual a solução definitiva só advirá do Poder Legislativo.

Enquanto não chega essa solução, aos notários cabe fazer sua parte.

BIBLIOGRAFIA

Costa, Eva Dias, *A posição sucessória do cônjuge sobrevivo no direito português: a propósito da Lei 48/2018, de 14 de agosto*, in *Direito em Dia Magazine*, 2019. Disponível em: https://direitoemdia.pt/magazine/show/55. Acesso em: 19 mai. 20

Dantas, Adriano Mesquita, Guilherme Guimarães Feliciano, *Independência Judicial versus Poder Disciplinar*, disponível em: https://hdl.handle.net/20.500.12178/103777. Acesso em: 22 mai. 20

Delgado, Mário Luiz, "Da renúncia prévia ao direito concorrencial por cônjuges e companheiros", Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-abr-07/processo-familiar-renuncia-previa-direito-concorrencial-conjuge-companheiro. Acesso em 17 mai. 20

Dip, Ricardo, *Registro de Imóveis*, 2005

Luz, Ana Filipa Santos da, "Contratos Sucessórios Renunciativos entre Nubentes. Análise Crítica às Alterações Introduzidas ao Código Civil pela Lei 48/2018, de 14 de agosto", Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Disponível em: https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/125244/2/374113.pdf. Acesso em: 18 mai. 20

Rolf, Madaleno, Renúncia de Herança no Pacto Antenupcial, disponível em: https://infographya.com/files/RENUNCIA_DE_HERANCA_NO_PACTO_ANTENUPCIAL.pdf. Acesso em: 18 mai. 20

Tartuce, Flavio, *Manual de Direito Civil*, Ed. Método, 2011

Rodrigues, João Maia, Responsabilidade Civil dos Notários, disponível em: https://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/legislacao/publicacao-de-brn/docs-brn/2003/brn-2-de-2003/downloadFile/attachedFile_3_f0/opiniao_02-03.pdf?nocache=1207740450.24. Acesso em: 24 mai. 20

EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL PERUANO

ELENA ROSA VÁSQUEZ TORRES (*)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CUESTIONES PRELIMINARES: 2.1. LA SEGURIDAD JURÍDICA; 2.2. LA FINALIDAD DEL PROCEDIMIENTO REGISTRAL ES LA INSCRIPCIÓN DE LOS TÍTULOS; 2.3. LOS PRINCIPIOS REGISTRALES QUE IMPLICAN LOS REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN. 3. FUNDAMENTO DEL PROCEDIMIENTO REGISTRAL. 4. NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO REGISTRAL: 4.1. EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL ES UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO; 4.2. EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL ES UN PROCEDIMIENTO ESPECIAL. 5. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL: 5.1. LA PRINCIPAL PROBLEMÁTICA QUE SE PRESENTA EN LA CALIFICACIÓN REGISTRAL ES, HASTA DÓNDE DEBE EXTENDERSE ÉSTA, EN APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDADE; 5.2. SE HA PRECISADO NORMATIVAMENTE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL POR LA NOVÍSIMA LEY 31309; 5.3 CALIFICACIÓN REGISTRAL POR PARTE DEL TRIBUNAL REGISTRAL. 6. CONCLUSIONES.

RESUMEN: HAY MUCHAS MANERAS DE ABORDAR EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL. EN ESTA OPORTUNIDAD, LA AUTORA ANALIZA LA PROBLEMÁTICA ACTUAL QUE SE PRESENTA EN EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL Y LAS DIRECTRICES QUE DEBEN SEGUIRSE PARA UNA MEJOR RESPUESTA DE LAS PARTES INVOLUCRADAS, EN LA BÚSQUEDA DE EVITAR DENEGATORIAS DE INSCRIPCIÓN INJUSTIFICADAS.

PALABRAS CLAVE: PROCEDIMIENTO REGISTRAL, CALIFICACIÓN, REGLAMENTO GENERAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS (RGRP), T. U. O. DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL — LEY 27444 (LPAG).

1. INTRODUCCIÓN

En el procedimiento registral se ponen en juego las instituciones y figuras registrales más relevantes. Se activa este procedimiento desde que se hace una petición de inscripción al registrador, quien ejerce una función pública, y culmina con la admisión o denegatoria de lo solicitado. En el intermedio se produce una sucesiva serie de actos reglados. Es una materia transversal en el derecho registral.

2. CUESTIONES PRELIMINARES

Para que el procedimiento registral cumpla a cabalidad con fortalecer la publicidad registral y su instrumento, el Registro Público, es

(*) Vocal del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos del Perú (SUNARP).

necesario tener en cuenta al aplicar las normas del procedimiento, algunos conceptos registrales, que nos señalan el rumbo a seguir. Entre otros, mencionaremos los siguientes:

2.1. La seguridad jurídica

Sabemos que la publicidad registral proporciona seguridad jurídica y, que la finalidad primordial del derecho registral es la seguridad jurídica de los derechos y actos inscritos y, del tráfico jurídico. Contar con un procedimiento registral con actos reglados, los cuales no pueden ser manejados ni por las partes ni por el registrador arbitrariamente, otorga seguridad jurídica. De ahí que los plazos reglamentarios se cumplen inexorablemente, no pudiendo ser modificados porque podría perjudicarse la prioridad alcanzada por otros títulos.

El Tribunal Registral tiene aprobado el siguiente precedente de observancia obligatoria aprobado en el VII Pleno del año 2014, que incide en este tema:

> **De la vigencia del asiento de presentación.** "El plazo de la vigencia del asiento de presentación caduca al cumplirse el plazo señalado legalmente y sólo puede ser suspendido o prorrogado por motivos expresamente señalados en las normas registrales. Es por ello que vence en el tiempo de manera inexorable, independientemente de la información que brinde el sistema informático y de la fecha en que se formalice la esquela de tacha".
>
> Criterio adoptado en la Resolución N.º 172-2004-SUNARP-TR-L del 26 de marzo de 2004.

2.2. La finalidad del procedimiento registral es la inscripción de los títulos

No olvidar esto, formulando denegatorias infundadas o innecesarias a la inscripción. En esto se sostiene el procedimiento registral. Es la principal directriz que debe aplicarse en la calificación registral, las instancias registrales deben propiciar y facilitar las inscripciones, es el denominado principio de pro inscripción, recientemente elevado

a categoría de ley mediante la Ley 31309. No se trata de un nuevo principio sino de la razón de ser del procedimiento registral.

2.3. Los principios registrales que implican los requisitos para la inscripción

Conocerlos profundamente ayudan en una mejor calificación. Son los que se manifiestan desde el inicio y en el transcurso del procedimiento. Fundamentalmente son los de rogación, prioridad, titulación auténtica, calificación registral (legalidad), tracto sucesivo, especialidad. Principios entrelazados con el principio de rogación.

El principio de rogación. Ayuda en la calificación conocer sus verdaderos alcances. Siguiendo a María Isabel de la Iglesia Monje no solo es el inicio del mecanismo de la inscripción, es mucho más, es la base y el hilo conductor de todo el procedimiento y, por tanto, el nexo de unión y de relación de unos principios con otros. Es la consecuencia directa de la voluntariedad de la inscripción. No se puede extender en el Registro un asiento que no haya sido rogado, salvo casos excepcionales. La presentación del documento al Registro es el requisito necesario para que pueda tener lugar, luego, la calificación. La rogación es causa y concausa de la calificación, pues solo cuando se presenta el documento se califica. La causa de la inscripción es el hecho, acto, negocio que causa la titularidad real inmobiliaria. Se respeta lo que digan las partes en su unidad negocial tal como está configurada por las partes. El negocio más la condición resolutoria: Es uno solo. No podría inscribirse solo el negocio. Sería ir contra lo querido por las partes. No puede practicarse inscripción distinta a lo pactado por las partes, porque no se puede alterar el contenido del negocio celebrado. Salvo que uno de los actos sea separable, siendo necesario que estén especificadas sus características definitorias.

La sola presentación de un documento en el registro implica la petición de la extensión de todos los asientos que en su virtud puedan practicarse, siendo incumbencia del registrador la determinación de cuáles son éstos. Ejemplo: En la rogación está comprendida la inscripción de la adjudicación como la cancelación de los asientos posteriores a la hipoteca ya ejecutada, ya que la sola presentación de un

GESTLEGAL

documento en el registro implica la petición de la extensión de todos los asientos que en su virtud pueden practicarse. [1]

La rogatoria de inscripción de un título determina la prioridad de los actos y derechos que se presentan al registro, por tanto, por regla general no se permite la modificación o variación de la rogatoria, salvo las excepciones reglamentarias siguientes: — El desistimiento parcial de la rogatoria. Art. 13. — La anotación preventiva por defecto subsanable o la falta de inscripción del derecho previo. Art. 66. — La ampliación de la rogatoria. Art. 40 RGRP. Res. 721-2018-SUNARP-TR-A.

Por tanto, procederá disminuir o ampliar la rogatoria en los términos señalados en el Reglamento General de los Registros Públicos, mas no modificar la rogatoria a un acto distinto del solicitado originalmente, inclusive si se hubiere adicionado nueva documentación, ya que no se encuentra previsto normativamente, y no ha sido admitida en la jurisprudencia registral; en razón de que no puede alterarse la prioridad registral. Resolución 2091-2021-SUNARP-TR.

El principio de rogación evoluciona y así encontramos que es factible que las instancias registrales de oficio puedan realizar las consultas necesarias a autoridades administrativas, estas consultas están reconocidas en la Ley del Procedimiento Administrativo General y hoy en el Art.29 inciso f) del Reglamento General de los Registros Públicos.

El principio de tracto sucesivo. Constituye presupuesto estructural para la producción de los efectos esenciales del sistema. Los derechos que se inscriban deben derivar del titular registral Su fundamento es constitucional por el respeto al debido procedimiento y por razones de seguridad jurídica. La previa inscripción del derecho del transferente es un requisito formal, es necesaria para inscribir, pero no para transferir civilmente. Este carácter formal no impide que las consecuencias o repercusiones de la aplicación del principio tengan alcance sustantivo. El tracto no surge del documento, surge del registro, sin tracto no hay legitimación.

---

[1] María Isabel De la Iglesia Monge, *El principio de rogación y el procedimiento registral*, in, *Cuadernos de Derecho Registral*. Madrid 2010, p. 46-48.

Proporciona al titular inscrito la seguridad de que no podrá inscribirse ningún título si él no aparece como disponente.

Su aplicación es de primer orden en la calificación registral. Tener muy en cuenta sus alcances evitarán realizar innecesarias denegatorias y subsanaciones que a veces los interesados se encuentran obligados a realizar por las observaciones, no obstante que no corresponde hacerlas. Tener en cuenta lo siguiente ayuda:

EL TRACTO SUCESIVO ES UN REQUISITO PARA INSCRIBIR NO PARA DISPONER

En el Registro	Fuera del Registro
• A es titular de dominio. • Si se quiere inscribir la transferencia de C a favor de D, ésta se deniega por falta de tracto sucesivo. **Opciones:** • Se puede ampliar la rogatoria pidiendo que se inscriban los actos previos Venta a favor de B y Venta a favor de C. • Presentar el título de nuevo con todas las transferencias • Pedir la anotación preventiva en los términos que señala el RGRP acreditando las previas transferencias • ¿Si no se cuentan con los títulos?	• A vendió a B • B vendió a C • C vendió a D. NOTA: Para formalizar el derecho de D no es necesario que el derecho C esté inscrito en el registro. Incluso no es necesario que el derecho de C esté inscrito al presentarse el título de D al registro, sino al momento de realizarse el asiento.

EN FUNCIÓN DEL TRACTO SUCESIVO DEBE PRESCINDIRSE DE LAS FECHAS DE ADQUISICIÓN DEL TRANSFERENTE Y ADQUIRENTE

En el Registro	Fuera del Registro
• A es titular de dominio. • Si se quiere inscribir la transferencia de C a favor de D mediante título otorgado el 2020, ésta se deniega por falta de tracto sucesivo. **Situaciones:** • Se subsana presentando el título otorgado por A a favor de D en fecha 2021. ¿Procede? • Se subsana presentando el título otorgado por A a favor de B y el título otorgado por B a favor de C, ambos del año 2021. ¿Procede?	• A vendió a B • B vendió a C • C vendió a D. NOTA: Para formalizar el derecho de D no es necesario que el derecho C esté inscrito en el registro. Incluso no es necesario que el derecho de C esté inscrito al presentarse el título de D al registro, sino al momento de realizarse el asiento.

Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Registral, se ha señalado que se cumple con el tracto sucesivo no obstante que en la escritura pública intervienen como transferentes no solo el titular de dominio sino otras personas distintas, señalando o no la razón de su intervención, el registrador no debe exigir aclaraciones ni la inscripción de actos previos, porque se verifica que quien interviene como transferente es el titular de dominio, no siendo relevante la participación de otras personas como transferentes.

En otras ocasiones, siendo el titular de dominio propietario del cien por ciento de cuotas ideales sobre el predio, interviene el mismo como transferente del 50 por ciento de sus cuotas ideales sobre el predio, el registrador no debe exigir rectificaciones previas para que quede claro que solo es titular de este porcentaje, porque considera que en realidad el predio es de titularidad de una sociedad conyugal que ha fenecido por divorcio, información que le proviene de otro registro, el registro personal. (Res. 2091-2021-SUNARP-TR).

En esa misma línea, no corresponde denegar la inscripción cuando otorga el acto traslativo el titular que figura en el Registro de Bienes como soltero aun cuando se advierta discrepancia entre dicho estado civil y el que obra en otros registros. En este caso, el registrador denegó la inscripción por cuanto en el título el transferente aparece como casado mientras que en la partida registral del predio aparece como soltero, adicionalmente, pretende hacer oponible la circunstancia de que se encuentra inscrita una unión de hecho en el registro personal. El Tribunal Registral señaló que la búsqueda efectuada por la registradora respecto del estado civil del titular registral en el Registro Personal no se justifica, en tanto este registro no tiene como finalidad publicitar el estado civil de las personas y, por el contrario, el contenido de la partida del Registro de Predios legitima al titular registral para actuar conforme a su contenido, siendo de esta forma — consecuentemente-protegidos los terceros adquirientes de buena fe. El registrador pretendía hacer oponible la unión de hecho, cuando la inscripción de la transferencia en favor de ésta, en la partida del predio no ha sido rogada por las partes. Toda inscripción debe ser rogada, no cabe que se entienda que el acto de transferencia recibió calificación positiva en la partida del predio. Esta decisión vulnera los principios de rogación y especialidad. Como se señaló, la situación de cada bien es particular y deberá estarse a lo que en la partida del bien se haya querido publicitar por los interesados, no pudiendo oponer a los terceros, situaciones no publicitadas en la partida del bien. Precisamente en este caso, se presentó innecesariamente una ratificación de la escritura pública de donación realizada por el otro miembro de la unión de hecho (Res. 338-2021-SUNARP-TR).

Otro caso, la sola comparecencia del Juez en una escritura pública otorgada en ejecución de sentencia, en rebeldía de los sucesores del

titular registral del predio, importa el cumplimiento del principio de tracto sucesivo, por lo que no resulta necesario que se inscriba la sucesión intestada en el registro de sucesiones intestada ni en el registro de predios. Respecto a la sucesión de los sucesores universales con relación a su causante, el Tribunal Registral se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia, que la transferencia por *mortis causa* determina una subrogación en la posición del causante, de modo que los herederos ocupan exactamente su lugar (asumen beneficios y perjuicios de su derecho). Si ello es así, se tiene que el asiento de transferencia por sucesión no tiene entidad propia, sino que es la prolongación del asiento donde consta el dominio del causante. En otros términos, por una ficción jurídica el sucesor ocupa el lugar del causante , es decir, es el continuador del causante a quien sustituye. Siendo ello así, la decisión judicial de comparecer en la escritura pública en rebeldía de los sucesores no inscritos, no vulnera el principio de tracto sucesivo, puesto que los demandados y sucesores no solo ocupan el mismo lugar en el proceso judicial sino también en la relación de compraventa (vendedor), no requiriéndose, por tanto, la identificación de los sucesores en el registro de sucesiones intestadas. (Res. N.° 602-2021-SUNARP-TR-L).

También es relevante no confundir la aplicación del principio de tracto sucesivo con el de prioridad excluyente. Muchos operadores jurídicos lo hacen. Recordar siempre que el principio de tracto sucesivo, es el principio de ordenación de los derechos inscritos, exige una cadena de transmisiones dentro del registro. Se deniega el acceso de transmisiones que no calzan con el último derecho inscrito. Mientras que la prioridad excluyente, que es el principio de exclusión de los derechos inscritos, se centra en actos otorgados por el mismo titular, incompatibles entre sí. Los presentados al registro en segundo lugar no se inscriben, aunque su fecha de otorgamiento sea anterior.

El principio de especialidad. Juega un papel primordial en el procedimiento registral. Este principio ha evolucionado y en la actualidad ya no solo es un principio requisito para la inscripción, sino que tiene aspectos sustantivos o materiales a considerar.

En aplicación del principio de especialidad, la información que contiene el Registro debe estar organizada para publicitar lo registrado de manera clara, inequívoca y rápida.

GESTLEGAL

Siguiendo al profesor Francisco Javier Gómez Gálligo [2], el principio de especialidad se pone de manifiesto en las distintas situaciones jurídicas que se reflejan en el Registro, tanto con relación al derecho inscrito (aspecto sustantivo) como también con relación a la forma de redactarse los asientos y el modo de llevarse el registro (aspecto formal). Da cuenta que la configuración del principio se enfoca fundamentalmente en relación con la finca (predio), con el derecho inscrito y con el titular del derecho, exigiendo: — La necesaria individualización de la finca (predio). — La delimitación exacta de los derechos inscritos. — La identificación del titular del derecho inscrito.

Señala, que, en su aspecto material, significa la exacta determinación del derecho real inscrito precisa concreción de los siguientes aspectos: a) De la naturaleza, debe quedar claro que se trata de un derecho real oponible *erga omnes*. b) Contenido, deberá estar perfilado nítidamente: titularidad, duración, extensión, facultades que atribuye, y causa jurídica económica a que responde, así como a su valor, y Título, deberá especificarse el título transmisivo, dada la diferente trascendencia que en nuestro derecho tienen los títulos traslativos onerosos y gratuitos. En su aspecto formal se refiere a la forma de practicarse los asientos en el Registro de Predios y tiene una triple manifestación: a) El sistema de folio real. En su puro aspecto formal: Apertura de una partida para cada uno de los predios, sobre la cual va a constar el historial jurídico de éstos. b) La claridad de redacción del asiento. Extensión de asientos unos después de otros, sin huecos y cada uno con la expresión de todos los requisitos exigidos para la delimitación material del derecho inscrito. c) La previsión legal de la operación solicitada en el asiento. Sólo se extienden los asientos previstos en la legislación registral, sobre la base del carácter imperativo del procedimiento registral.

María Goñi Rodríguez de Almeida [3] nos habla de una nueva perspectiva de este principio, es un principio transversal, pues tras cada

[2] Francisco Javier Gomez Galligo, *El principio de especialidad registral, in, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Número conmemorativo de los 50 años de la reforma hipotecaria de 1944, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1995.

[3] Maria Goñi Rodriguez de Almeyda, *El principio de especialidad*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2005.

uno de los principios hipotecarios, y como base de los mismos, hallamos, surge, ese principio de especialidad. No obstante, corresponde que se le estudie independientemente de los demás principios, con su propia identidad, pero a la vez necesario para el desarrollo de todos los principios.

El folio real: para la autora no es tanto un modo de organizar los registros, sino un requisito básico para la oponibilidad *erga omnes* de las situaciones jurídicas. Sin publicidad no hay oponibilidad y por tanto sin especialidad no hay oponibilidad. De ahí que el aspecto material del sistema de folio real es indiscutible.

Nos dice también la autora, que el principio de rogación está en íntima conexión con el de especialidad, pues sólo se puede rogar la inscripción de un determinado y concreto derecho real, con sus propias características y contenido, reflejado en el documento que se presenta a inscripción. No es posible dejar al arbitrio del Registrador el derecho que se pretende inscribir, sino que tiene que aparecer determinado para que pueda practicar el asiento.

Podemos señalar entonces, que el principio de especialidad está muy ligado a la publicidad registral, su aplicación permite no perdernos en un banco de datos, sino dirigirnos directamente hacia aquello que se necesita. En virtud de dicho principio, sabré cuál es la técnica de inscripción, a qué oficina dirigirme, a qué registro, a qué partida registral, cómo se extiende la información de los datos inscribibles en esta partida registral y qué datos relevantes constarán en el asiento, la determinación de los actos inscribibles y anotables, los efectos de las inscripciones en determinado registro, la especificación del título inscribible, los alcances del acto o hecho inscrito en cuanto a forma y fondo y la determinación de los actos que interesan en cada registro en particular.

Corresponde atender en la calificación registral al principio de especialidad en tales términos, cuidando de extender los asientos registrales con claridad, claridad, claridad, redactando los asientos pensando siempre en la publicidad registral [4] con los requisitos exigidos para la

[4] Sobre esta exigencia, debe evitarse extender asientos confusos, que lleven a distintas interpretaciones al momento de expedirse un Certificado de Vigencia de poder, por ejemplo, en la Resolución N.° 2074-2020-SUNARP-TR-L se analizó un

GESTLEGAL

delimitación material del derecho inscrito, pues se inscribe para publicitar; abriendo partidas registrales respetando el folio real, admitiendo a inscripción solo aquello que está determinado como inscribible, cuidando que esté nítidamente perfilada la titularidad del derecho, la duración, extensión, facultades que atribuye. debe especificarse el tipo del título transmisivo, así como su valor, en su caso y, la causa jurídica, pues no debe olvidarse que nuestro sistema registral es causal.

3. FUNDAMENTO DEL PROCEDIMIENTO REGISTRAL

El fundamento del procedimiento registral es hacer efectivo el principio de legalidad. El principio de legalidad tiene reconocimiento constitucional: Primacía de la ley y garantía de respeto a la ley por parte de los poderes públicos. Importa respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos, entre ellos, la garantía de decisiones motivadas; base de un Estado Constitucional de Derecho.

En el ámbito registral se presenta a través del principio de legalidad que rige la función registral. Este principio de legalidad se manifiesta en la calificación registral.

Contar con un procedimiento registral regulado en una norma otorga seguridad jurídica. Este, es un principio constitucional, consustancial al Estado Democrático de Derecho. Expectativa razonable fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del derecho. Si bien no mencionado expresamente en la Constitución la seguridad jurídica es un principio constitucional implícitamente reconocido en la Constitución, como lo ha señalado el Tribunal Constitucional peruano.

Por tanto, tener en cuenta este fundamento constitucional al momento de emitir las denegatorias de inscripción, procurando que estas no sean

asiento registral con falta de claridad, éste señalaba lo siguiente: "El presente poder otorgado a favor del apoderado se mantendrá vigente por 5 años hasta el 20/12/2009 o hasta que el mismo sea expresamente revocado por la sociedad o que el apoderado renuncie expresamente a él." Asientos como estos no deben extenderse, porque el problema surge al otorgarse publicidad. Si no está claro el poder, sí cabe en la calificación, emitir observación para que sea aclarado hasta que no queden dudas de lo querido por el otorgante.

arbitrarias ni innecesarias. Las decisiones de los registradores deben estar orientadas a la inscripción de los títulos.

4. NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO REGISTRAL

Está vinculado a la naturaleza de la función registral, la que viene definida en las normas que regulan al registro público en el Perú: Es una función pública que se rige no solo por las normas especiales que regulan el registro público sino también por las normas de la administración pública.

Sirve para determinar qué normativa la regula y para ello se debe tener en cuenta que el Registro Público en el Perú es una entidad del Poder Ejecutivo.

4.1. El procedimiento registral es un procedimiento administrativo

Se rige por la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444 (LPAG). Sin embargo, tiene matices propios.

La Ley del Procedimiento Administrativo General es una norma q regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades públicas incluyendo los procedimientos especiales. Tiene vocación unificadora. Se busca circunscribir la existencia de procedimientos especiales (el procedimiento registral) a las situaciones que lo justifiquen, conforme a las modificaciones del D. Leg 1272 introducidas a la LPAG.

Las leyes que crean los procedimientos especiales no deben imponer condiciones menos favorables a los administrados que aquellos regulados en la LPAG.

En atención a que la LPAG es una norma que regula todos los procedimientos administrativos incluyendo los procedimientos especiales, significa que constantemente deben interpretarse las normas registrales teniendo en cuenta la posible aplicación de la ley general, pero sin olvidar que existen cuestiones irrenunciables que marcan el procedimiento registral, como es que en éste, se gestionan por lo general derechos privados, no se trata del otorgamiento de una licencia o un permiso estatal, sino que el producto final es la extensión de asientos registrales que se encuentran legitimados y sólo pueden ser declarados nulos en sede judicial y ahora también

GESTLEGAL

en sede arbitral, en el que interviene un funcionario imparcial al otorgar su admisión a través de una calificación positiva. También en este procedimiento no se aplica la doctrina del silencio administrativo.

Esta situación hace que se deba tener en cuenta en el procedimiento registral los principios del procedimiento administrativo, tales como:

Legalidad, debido procedimiento, razonabilidad, imparcialidad, informalismo, presunción de veracidad, principio de buena fe procedimental, celeridad, eficacia, verdad material, simplicidad, uniformidad, predictibilidad o de confianza legítima, ejercicio legítimo del poder, de responsabilidad.

En diversas resoluciones del Tribunal Registral se han aplicado dichos principios, como es el caso de la eficacia, el informalismo, la razonabilidad, el debido procedimiento.

Se ha dicho que no se debe observar por observar, señalando defectos de su objeto, aun cuando tenga omisiones o incluso contradicciones, cuando dicho defecto se puede superar empleando otros elementos de identificación.

Asimismo, ha dicho que las instancias registrales deben dilucidad cuales son los errores que obstaculizan la inscripción en el marco del artículo 2011 del Código Civil, teniendo en cuenta que no todo error amerita observación del título. El registro no debe cuestionar aspectos meramente formales de redacción y ortografía que no pongan en riesgo la seguridad jurídica, teniendo en cuenta que las instancias registrales deben propiciar la inscripción de los títulos. (Res. 359-2018-SUNARP-TR-L.

La función registral implica la verificación del cumplimiento de los requisitos sustanciales de validez del acto o negocio jurídico, así como la adecuación con los antecedentes del registro; pero en ningún caso los registradores deben entretenerse en el control de cuestiones meramente formales, o de redacción y ortografía, lo cual no presta ninguna utilidad a la seguridad jurídica, pero sí ocasiona un alto costo de desprestigio del sistema registral. El control de legalidad del registrador no es un filtro de minucias o de detección de errores (Res. 1362-2009-SUNARP-TR-L).

En virtud del principio de informalismo las normas registrales deben ser interpretadas a favor de los usuarios para hacer efectiva la inscripción de sus títulos, siempre y cuando se trate de meros aspectos formales que no impliquen la vulneración de derechos de terceros ni se atente contra el interés público. (Res. 569-2014-SUNARP-TR-L, 043-

2017-SUNARP-TR-L, 1496-2017-SUNARP-TR-L, 1357-2021-SUNARP-TR, 2037-2021-SUNARP-TR, entre otras)

La calificación registral debe regirse bajo el principio de razonabilidad consagrado en la Ley del Procedimiento Administrativo General, es decir, solicitar lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido (Res. 2660-2016-SUNARP-TR-L, entre otras).

En mérito del principio de eficacia administrativa los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados. (Res. 042-2018-SUNARP-TR-A, 521-2019-SUNARP-TR-T, 1709-2019-SUNARP-TR-L, 2025-2019-SUNARP-TR-L, 2165-2019-SUNARP-TR-L, entre otros).

Respecto del principio del debido procedimiento el Art. IV del Título Preliminar del TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG) señala:

> "Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; **a obtener una decisión motivada, fundada en derecho**, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.
>
> La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo."

El artículo 6 del TUO LPAG establece:

> "6.1. La motivación debe ser **expresa, mediante una relación concreta y directa** de los hechos probados relevantes del caso específico,

y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

6.2. Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, **a condición de que se les identifique de modo certero,** y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. Los que sirvan de fundamento a la decisión, **deben ser notificados al administrado conjuntamente con el acto administrativo.**

6.3. **No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación** para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.

No constituye causal de nulidad el hecho de que el superior jerárquico de la autoridad que emitió el acto que se impugna tenga una apreciación distinta respecto de la valoración de los medios probatorios o de la aplicación o interpretación del derecho contenida en dicho acto. Dicha apreciación distinta debe conducir a estimar parcial o totalmente el recurso presentado contra el acto impugnado.

(...)"

La motivación del acto administrativo es un requisito de validez del acto administrativo (Art. 3 inc. 4 TUO LPAG).

El derecho a obtener una decisión motivada: Desarrollada por el TC en diversas sentencias: Exp.0091-2005-PA/TC, 5514-2005-PA/TC, 8495-2006-PA/TC, 03670-2014-PA/TC, entre otros.

Consiste en el derecho a la certeza. Garantía de razonabilidad y no arbitrariedad la decisión administrativa.

Que exista un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican. Motivar una decisión, no solo importa expresar únicamente bajo qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente, exponer en forma sucinta, pero suficiente, **las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada.**

La fundamentación con los razonamientos en que se apoya, es una exigencia ineludible para todo tipo de acto administrativo.

Exigencia o condición impuesta por el principio de legalidad. Presupuesto de todo Estado de Derecho.

La falta de motivación o su insuficiencia constituye una arbitrariedad e ilegalidad.

Diversas resoluciones del Tribunal Registral han aplicado el principio del debido procedimiento administrativo en el procedimiento registral.

La Ley 27444 establece que los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. (Res. 524-2013-SUNARP-TR-A, 444-2016-SUNARP-TR-T, 1023-2019-SUNARP-TR-A, entre otras).

Es parte del debido procedimiento dar repuestas a los argumentos del solicitante. El Tribunal Registral lo realiza permanente en sus resoluciones. Se busca que la primera instancia también incorpore esta práctica al emitir sus denegatorias de inscripción.

Se exige la aplicación de este principio en la emisión de los informes del área técnica encargada de llevar las bases gráficas del registro (Res. 2113-2021-SUNARP-TR, entre otras).

Por las razones expuestas, resulta fundamental que en las denegatorias de inscripción en primera instancia:

— Ejercite la aplicación de este principio del debido procedimiento, de tal forma que las observaciones o tachas se formulen con las exigencias del debido procedimiento, de manera expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado (**congruencia entre lo pedido y resuelto**).
— Que exista un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican. Motivar una decisión, no solo importa expresar únicamente bajo qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente, exponer en forma sucinta, pero suficiente, las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada.

GESTLEGAL

— No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.
— Cuidar de no incurrir en falsa motivación.
— Es parte de la motivación de la decisión denegatoria responder por qué no son aplicables los argumentos presentados por el usuario.
— Resolver sin motivación alguna es falta administrativa sancionable.
— La falta de motivación o su insuficiencia constituye una arbitrariedad e ilegalidad.

Este es un reto que puede cumplirse, no es fácil, requiere ejercitarse constantemente y no desanimarse en el intento.

Recordar que el Registrador solo motiva las denegatorias de inscripción, mientras que el Tribunal Registral motiva todas sus decisiones, ya sea cuando revoca o cuando confirma una denegatoria de inscripción.

A la pregunta ¿Cómo debe ser este procedimiento? Respondemos señalando:

— Se debe contar con un procedimiento que otorgue seguridad jurídica, esto, con un procedimiento con normas claras y rigurosas, que no conlleve a dudas sobre su vigencia.
— Que sea un procedimiento con etapas cortas sin posibilidad de recursos dilatorios que lo extiendan indebidamente, porque hay otros títulos posteriores cuyos procedimientos están corriendo y esperando también obtener la inscripción.
— Debe ser un procedimiento en el que se cuente con decisiones debidamente motivadas del registrador y del Tribunal Registral. Estas decisiones deben ser orientadas a la inscripción de los títulos y no a su denegatoria de inscripción.

Ahora bien, que el procedimiento registral sea un procedimiento administrativo permite comprender que en aquel es posible formular **inhibitoria administrativa registral.**

En virtud de esta figura es factible que las instancias registrales en el curso de la calificación registral, puedan considerar inhibirse porque su pronunciamiento afectaría la función jurisdiccional que es exclusiva del Poder Judicial.

Al respecto, se han aprobado una serie de Acuerdos Plenarios en sede del Tribunal Registral, que permiten apartarse del procedimiento por razones fundadas, sin que esto importe una arbitrariedad.

Acuerdo del Pleno 104 — 5/2/2013

"Inhibitoria administrativa registral

Si durante la calificación registral de un título, el Registrador Público o el Tribunal Registral toman conocimiento de la existencia de un proceso judicial relativo a la validez o existencia del acto o derecho materia de inscripción, procederán conforme a lo establecido en el art. 75 del TUO de la Ley N.° 27444, cursándose oficio al órgano jurisdiccional competente a fin de que comunique las actuaciones judiciales realizadas.

Si no se recibe respuesta del órgano jurisdiccional dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación, se procederá a la tacha procesal del título.

Si se cumplen los requisitos establecidos en la normativa antes citada formularán la inhibitoria del procedimiento registral. Asimismo, formularán la inhibitoria sin necesidad de cursar oficio cuando verifiquen las circunstancias del art. 75.2 del TUO de la Ley N.° 27444 de los títulos archivados por el Registro o de la documentación obrante en el título respectivo. Para tal efecto deberá solicitarse información a la Procuraduría Ad Hoc de la Sunarp, cuando la Sunarp es parte del proceso judicial.

Formulada la inhibitoria por el Registrador Público el asiento de presentación del título caducará una vez vencido su plazo de vigencia.

Formulada la inhibitoria por el Tribunal Registral el asiento de presentación quedará vigente durante el plazo establecido en el artículo 64 del RGRP."

Precedentes de observancia Obligatoria (PLENO 235 del 14 y 15/12/2020)

Improcedencia de inhibitoria

En los casos donde se discuta judicialmente el derecho inscrito del otorgante del acto cuya inscripción se solicita, no procede formular inhibitoria, al no cumplirse con la triple identidad exigida por el artículo 75 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

GESTLEGAL

Criterio sustentado en la Resolución N.º 1276-2020-SUNARP-TR-L del 28 de setiembre del 2020.

Inhibitoria en casos de procesos penales

No procede formular inhibitoria administrativa por la existencia de un proceso penal entre las personas involucradas en el título.

Criterio sustentado en la Resolución N.º 2890-2019-SUNARP-TR-L del 8 de noviembre del 2019.

Inhibitoria en sede registral

Procede formular inhibitoria en los casos en que se discuta judicialmente la validez o eficacia del acto cuya inscripción se solicita.

Criterio sustentado en la Resolución N.º 089-2020-SUNARP-TR-T del 29 de enero del 2020, Resolución N.º 365-2020-SUNARP-TR-A del 31 de agosto del 2020 y Resolución N.º 3070-2019-SUNARP-TR-L del 22 de noviembre del 2019.

A tener en cuenta sobre la **inhibitoria administrativa registral:**

- El art. 13 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, si surge cuestión contenciosa en el procedimiento administrativo que requiera de pronunciamiento previo del Poder Judicial; se suspende aquél.
- El art. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sobre carácter vinculante de las decisiones judiciales. Prohibición de avocamiento a causas pendientes en el Poder Judicial, bajo responsabilidad.
- Es sustento también que debe evitarse que el Estado dé respuestas contradictorias.
- Es excepcional.
- Verificar el cumplimiento de la triple identidad: sujetos, hechos y fundamentos.
- La inhibición del Registrador se eleva en consulta ante el Tribunal Registral.
- La inhibición va hasta que se resuelva el litigio, pero no suspende la vigencia del asiento de presentación.

4.2. El procedimiento registral es un procedimiento especial

Se encuentra regulado en el Reglamento General de los Registros Públicos (RGRP). El cual ha sido aprobado por una norma de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, Res. N.º 195-2001-SUNARP/

SN del 19/7/2001 y sus modificaciones. El primer TUO fue aprobado por Res. N.º 079-2005-SUNARP/SN. El vigente TUO ha sido aprobado mediante Resolución N.º 126-2012-SUNARP/SN, el cual ya tiene modificaciones del 2012, 2013 y 2014, 2021, 2021.

El artículo 1 señalaba:

> *"El procedimiento registral es especial, de naturaleza no contenciosa y tiene por finalidad la inscripción de un título.*
>
> *No cabe admitir apersonamientos de terceros al procedimiento ya iniciado, ni oposición a la inscripción. Las solicitudes presentadas con tal objeto no formarán parte del procedimiento registral y el Registrador las rechazará de plano, en decisión irrecurrible."*

La Ley 30313 [5], Art. 2, modifica la naturaleza del procedimiento de inscripción, señalando:

> "El procedimiento de inscripción registral es especial de naturaleza no contenciosa, con las excepciones previstas en la Ley.

---

[5] Objetivo de la Ley 30313: Prevenir y anular las acciones fraudulentas que perjudican la seguridad jurídica.

Acciones en casos de suplantación y falsificación de documentos:

- La oposición al trámite de inscripción.
- La cancelación del asiento en sede registral.
- La modificación de los principios de legitimación y fe pública registral. Código Civil.
- Modificaciones al D. Legislativo del Notariado.

Ahora se admite la oposición en casos de suplantación y falsificación de documentos, pero mediante presentación cautiva de la solicitud: notario, cónsul, juez, funcionario público, árbitro. La solicitud de oposición al trámite de inscripción se vincula al conocimiento de la presentación de un título en la partida registral a través del Servicio de Alerta Registral.

La oposición en el procedimiento de inscripción registral en trámite se presenta a través de mesa de partes (área que recibe documentación respecto de títulos cuyo procedimiento de inscripción se encuentra en trámite), o la que haga sus veces, vinculándola al número del título en trámite que contiene la documentación falsificada o donde se ha configurado la suplantación de identidad. Si está en apelación, se presenta por la Oficina de Trámite Documentario.

Se formula estando el procedimiento en trámite, en el plazo de vigencia del asiento de presentación. Origina la suspensión del asiento de presentación del título en trámite cuestionado.

No cabe oposición al título inscrito o anotado en la partida registral.

GESTLEGAL

Únicamente cabe admitir el apersonamiento de autoridades o funcionarios al procedimiento de inscripción en trámite para plantear su oposición por suplantación de identidad o falsificación de documentos, conforme a lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley.

La persona que presenta una solicitud de oposición sin arreglo a lo previsto en la presente Ley no forma parte del procedimiento, debiendo el registrador rechazar de plano dicha oposición, en decisión irrecurrible en sede administrativa."

Por lo tanto, el artículo 1 del RGRP ha sido modificado.
El procedimiento registral es:

— Especial,
— Tiene por finalidad la inscripción de un título,
— Tiene naturaleza no contenciosa (ausencia de litis), con las excepciones previstas en la ley. Se permite el apersonamiento de autoridades o funcionarios al procedimiento de inscripción para plantear oposición únicamente por dos supuestos. Suplantación de identidad o falsificación de documentos.
— Fuera de esos supuestos, las oposiciones no forman parte del procedimiento, debiendo rechazarse de plano dichas oposiciones, en decisión irrecurrible en sede administrativa.

Los cambios en el procedimiento se han producido no solo por la Ley N.° 30313, sino también por los cambios introducidos en el D. Legislativo del Notariado, por el D. Leg. 1209 (inmatriculación, aunque no vigente), y sentencias del Tribunal constitucional que han introducido el respeto al debido procedimiento y el derecho de defensa. Existe la necesidad de realizar notificaciones al titular registral, como consecuencia de las rectificaciones que lo afectan en aplicación de la STC Exp N.° 00831-2012-PATC, incluso si existe oposición del titular registral podría llevar a concluir el procedimiento a través de una tacha sustantiva. Aún no se ve reflejado en modificaciones en el Reglamento General de los RRPP, sin embargo, ello no debe llevar a concluir que los valores y principios constitucionales no resultan aplicables. Véase la Res. N.° 679-2014-SUNARP-TR-L y el trámite del

título 984269-2014 (Hubo notificación a los titulares registrales, quienes se opusieron a la rectificación).

Asimismo, Incluso la introducción de la oposición en los propios procedimientos viene de antes (Dec. Leg. 667, en los procedimientos no contenciosos de competencia notarial, en el procedimiento de duplicidad de partidas, en los procedimientos de saneamiento estatal).

5. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

La calificación registral es el corazón del procedimiento registral y gran parte de su estudio. **El principio de legalidad** que supone que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y el derecho, tiene una singular aplicación en la actividad calificadora que la ley concede a los registradores y en la segunda instancia en el Perú, a los vocales del Tribunal Registral. Como señala Luis García y García por los efectos que se asignan a la inscripción, ha de existir un órgano independiente que controle la legalidad del acto en todos sus requisitos a efectos de su inscripción. Este órgano independiente, imparcial, neutro, es el registrador. La calificación registral se inserta dentro del procedimiento registral.

En el procedimiento se manifiestan los principios registrales, desde el de rogación, que lleva consigo la extensión de un asiento en el Diario y se desarrolla posteriormente a través de un proceso de interpretación, aplicando el principio de legalidad que lleva consigo la calificación registral, el tracto sucesivo y, termina en la decisión de admitir o denegar el acto que se solicita inscribir. La interpretación de las normas vinculadas al título tiene el objetivo predeterminado de inscribirlo y dotar al acto contenido en él, de legitimación.

Recordar siempre que la calificación es un proceso de interpretación. Lo destaca María Isabel de la Iglesia Monge, al señalar que el registrador no puede integrar el documento, pero esto no excluye la interpretación. Esto implica la búsqueda de la voluntad de las partes cuando ésta ha sido insuficiente u oscuramente expresada. Se debe recurrir a las reglas de interpretación de los negocios jurídicos, salvo se exija constancia expresa en el título de cierta circunstancia o dato esencial para la válida constitución de la relación o derecho de que se

GESTLEGAL

trate. Si la redacción del título puede dar lugar a diversas interpretaciones, el documento no podrá acceder al registro hasta que el registrador no tenga dudas en cuanto a la interpretación que haya de prevalecer en el tráfico jurídico inmobiliario respecto de terceros que confían en el registro. No puede reflejarse en el registro un negocio distinto al contenido en el título, pues éste no puede ser considerado como querido por las partes ni puede extenderse a cláusulas cuya exclusión fue solicitada por el presentante.

Citando a la doctrina jurisprudencial señala que el Registrador denegará la inscripción si entiende que las cláusulas del documento calificado que no deben acceder al registro trascienden al total negocio celebrado. Lo que no puede hacer es alterar su contenido, reflejando en el asiento un negocio distinto al calificado. Si tenemos un negocio y algunas de sus cláusulas son denegadas por el registrador y éstas trascienden al total negocio, el negocio no puede acceder al registro con las cláusulas denegadas, porque se estaría desvirtuando el negocio. Aquí, no cabe la inscripción parcial. Cabe la inscripción parcial a solicitud del interesado siempre que no se altere o afecte sustancialmente el contenido del título. No puede reflejarse en el registro un negocio distinto al contenido en el título, pues éste no puede ser considerado como querido por las partes ni puede extenderse a cláusulas cuya exclusión fue solicitada por el presentante. [6]

5.1. La principal problemática que se presenta en la calificación registral es, hasta dónde debe extenderse ésta, en aplicación del principio de legalidade

Los alcances y extensión de la calificación dependerán del tipo de documento que se califica. Sin embargo, siempre se discute si debe ser más o menos rigurosa o, más o menos atenuada; señalar directrices en todos los casos no siempre es posible. Es un punto muy álgido entre la primera y la segunda instancia registral.

Las preguntas que se siguen haciendo son, — ¿qué hacer cuando mediante la inscripción de mandatos judiciales se alteran los

[6] Op. cit. Págs. 48-63.

antecedentes registrales? ¿Cómo se califica la inscripción de actos posteriores?, — ¿forma parte de la calificación registral verificar el cumplimiento de las normas urbanísticas por parte de los funcionarios públicos o es una cuestión de fondo de la resolución administrativa que no debe calificarse?, — ¿hasta dónde debe extenderse la calificación registral en los actos de procedencia arbitral? — ¿hasta dónde debe extenderse la calificación registral en los actos de prescripción adquisitiva de dominio notarial?, — ¿qué aspectos son calificables en las inmatriculaciones?, — ¿qué aspectos deben calificarse en los documentos otorgados ante funcionarios extranjeros?, etc.

Los alcances de la calificación registral siempre están en constante discusión, recientemente tenemos problemas de aplicación de la nueva normativa sobre "tacha especial" introducida por la modificación al Reglamento General de los Registros Públicos realizada por la Resolución 146-2020-SUNARP-SN publicada en el Diario Oficial El Peruano el 15/10/2020.

5.2. Se ha precisado normativamente la calificación registral por la novísima Ley 31309

Lo cual demuestra que sus alcances y su extensión, no terminan de establecerse de manera definitiva. Pero se intenta y en camino a ello ha sido modificado el artículo 2011 del Código Civil referido al principio de legalidad y la calificación registral por la Ley 31309, para introducir un tercer párrafo referido a un elemento esencial o directriz de la calificación, el de propiciar y facilitar las inscripciones de los títulos ingresados al registro; en los siguientes términos:

> "En el acto de calificación registral, el registrador y el Tribunal registral **propician y facilitan las inscripciones de los títulos** ingresados al Registro. La calificación registral en el Registro de Predios se complementa con el apoyo del **área encargada del manejo de las bases gráficas registrales**, lo que no implica una sustitución en la labor de calificación por parte de las instancias registrales." (Lo resaltado es nuestro)

Dicha directriz esencial, ya se encontraba regulada en el Reglamento General de los Registros Públicos (Art. 31), pero ahora tiene rango de ley.

GESTLEGAL

Es poner en un texto con rango de ley, la finalidad del procedimiento registral, que es la inscripción de un título, no poner obstáculos a ésta, con denegatorias indebidas o innecesarias. La calificación que es interpretación debe propender siempre a una que tienda a la inscripción, sin que esta signifique que no se exija el cumplimiento de los requisitos esenciales de los actos para ser inscritos.

En el mismo tercer párrafo del artículo 2011 del Código Civil, se regula la calificación registral en el registro de predios, el cual como sabemos en muchos actos, se complementa con el apoyo de los informes del área técnica denominada incorrectamente: "área de catastro", que hoy toma el nombre correcto de: "área encargada del manejo de las bases gráficas registrales". Precisamente con esta norma se corrige la indebida sustitución que se hacía en la primera instancia en la labor de calificación, que en muchas ocasiones solo reproducían los informes del área técnica en sus denegatorias de inscripción. En la segunda instancia, constantemente se revocan pronunciamientos aparentemente técnicos o carentes de motivación alguna. Hoy la norma busca que solo los aspectos estrictamente técnicos sean considerados en la calificación registral. Recientemente se ha emitido jurisprudencia en el siguiente sentido:

Informe emitido por el área encargada del manejo de las bases gráficas registrales

La vinculación del registrador con los informes del área encargada del manejo de las bases gráficas registrales, actualmente debe interpretarse teniendo en cuenta la reciente Ley N.° 31309.

La calificación registral en el Registro de Predios debe basarse en el principio de pro inscripción y se complementará con el apoyo del área técnica encargada del manejo de las bases gráficas registrales, lo que no implica una sustitución en la labor de calificación por parte de las instancias registrales. En tal sentido, el Registrador deberá realizar una calificación activa distinguiendo en el informe técnico los aspectos técnicos relevantes que constituyan un obstáculo para la inscripción del acto rogado.

Al respecto véanse las resoluciones 1859-2021-SUNARP-TR, 1925-2021-SUNARP-TR, 2113-2021-SUNARP-TR.

5.3. Calificación registral por parte del Tribunal Registral

Otra problemática adicional en la calificación registral es la evaluación integral a que se refiere el artículo 31 del Reglamento General de los Registros Públicos. Esta norma señala:

> "La calificación registral es la evaluación integral de los títulos presentados al registro que tiene por objeto determinar la procedencia de su inscripción. Está a cargo del Registrador y Tribunal Registral, en primera y en segunda instancia respectivamente, quienes actúan de manera independiente, personal e indelegable, en los términos y con los límites establecidos en este Reglamento y en las demás normas registrales
>
> En el marco de la calificación registral, el Registrador y el Tribunal Registral propiciarán y facilitarán las inscripciones de los títulos ingresados al registro."

Conforme a dicha norma tanto la primera como la segunda instancia realizan calificación integral, es decir en una sola oportunidad deben señalarse todos los defectos que pudiera tener un título. Sin embargo, nos hacemos la pregunta: ¿El registrador y el Tribunal Registral califican de la misma manera?

En el tiempo se ha ido perfilando cada vez más la diferente calificación que realiza la segunda instancia registral, esto es, el Tribunal Registral.

Este órgano de segunda instancia realiza calificación registral cuando resuelve los recursos de apelación que se interponen contra las denegatorias de inscripción formuladas por los registradores en la primera instancia. Su calificación está regulada en las mismas normas que regulan la función registral, dirigidas a los registradores: Art. 2011 del Código Civil, Artículos, 31, 32 y 33 del Reglamento General de los Registros Públicos (RGRP).

La ley que regula la segunda instancia administrativa registral establece: "que conoce en segunda y última instancia administrativa registral los recursos de apelación" (artículo 23 de la Ley 26366, incorporado por Ley 30065).

La mención a instancia llevaría a considerar que el Tribunal Registral realiza un reexamen completo del título sometido a calificación.

GESTLEGAL

Sin embargo, dicha ley no señala expresamente si el efecto devolutivo de la apelación es pleno o si se encuentra restringido.

Si es pleno reexaminará en su totalidad: Calificación integral. Si es restringida: Calificación solo de lo apelado.

La pregunta que se ha hecho la segunda instancia es ¿corresponde que en todos los casos el Tribunal Registral califique de manera integral los títulos?

El Tribunal Registral puede ordenar la inscripción, conforme al Art. 160 RGRP

El Tribunal Registral debe señalar obstáculos o defectos que no fueron advertidos por el registrador: "Reforma en peor". Art. 33 inc. c) del RGRP.

¿Esto viola el debido procedimiento?, porque se señala defectos en única instancia administrativa sin dar oportunidad al interesado de tener una segunda instancia para impugnar.

¿Cómo se ejercitaría el derecho de defensa?

En algún momento el TR optó por oficiar al administrado dándole un plazo para pronunciarse sobre los nuevos defectos: derecho de defensa.

Sin embargo, llevado al Pleno del Tribunal Registral se ha decidido hacer una devolución del expediente al registrador para que se pronuncie sobre nuevos aspectos no impugnados, si fuera el caso, esto lo llamó "Renvío". En el Pleno 208-2019 se aprobó el siguiente Acuerdo Plenario:

> "Renvío
>
> El Tribunal Registral reenviará el título a primera instancia en el supuesto que resulte manifiesto que el registrador no efectuó calificación registral, sin perjuicio de la aplicación del principio pro inscripción implícito en el artículo 31 del Reglamento General de los Registros Públicos y del principio de eficacia previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo General."

Esto es, ya no evaluación integral al revocarse una tacha sustantiva, cuando resulte manifiesto que el registrador no efectuó calificación registral, salvo que el título se encuentre apto para su inscripción, en cuyo caso, de dispondrá la inscripción, por razones de eficacia.

Son fundamentos del Acuerdo Plenario:

— El Tribunal Registral puede señalar defectos u obstáculos no advertidos por el Registrador, pero sólo los enumerados en el art. 33 del RGRP. No puede efectuar una calificación integral completa como la que se puede hacer en primera instancia, pues los defectos u obstáculos que puede consignar el TR están taxativamente consignados en el art. 33 del RGRP.
— La sentencia del Tribunal Constitucional del 18/3/2014 (Expo. 04293-2012-PA/TC) en la que quedó sentado que en caso se incorporen nuevos hechos que no fueron materia de apelación, el administrado debe tener un plazo razonable para la elaboración de descargos acorde con la complejidad de lo que se discute. De lo contrario se afecta el debido procedimiento administrativo.
— En el procedimiento registral no se han previsto plazos en la segunda instancia para que el recurrente pueda contradecir la existencia de nuevos defectos que pudiera señalar el TR.
— Por lo tanto, sólo si el título es reenviado al Registrador para que culmine la calificación, el interesado tendrá la oportunidad de contradecir o subsanar los defectos que el Registrador señale. En su defecto, el registrador extenderá la inscripción.
— La calificación registral le corresponde en primera instancia al Registrador, de manera personal e indelegable y en segunda instancia al Tribunal Registral, por lo que no cabe que el Tribunal Registral efectúe la primera calificación: no cabe que la función calificadora sea transmitida por el registrador al Tribunal, pues ello implicaría suplantar en sus funciones al registrador.
— Al Tribunal no le compete pronunciarse en ausencia de denegatoria y sin que exista impugnación del interesado.
— No se afecta el derecho del usuario de obtener una decisión en plazo razonable pues la apelación se está resolviendo dentro del plazo previsto.

Al respecto, véase la profusa jurisprudencia del Tribunal Registral, como las Resoluciones 1698-2016-SUNARP-TR-L, 1790-2016-SUNARP-TR-L, 009-2019-SUNARP-TR-L.

GESTLEGAL

Consecuencias:

— Si expresamente o evidentemente el Registrador no realiza calificación integral no podrá el Tribunal efectuar calificación integral tampoco. En dichos casos, expresamente la resolución se limitará a los defectos consignados en la esquela, dejando constancia que el Tribunal no ha efectuado calificación integral y disponiendo que el Registrador la efectúe.
— Si el Tribunal Registral revoca la tacha por falsedad documentaria, reenvía, porque el registrador no calificó integralmente el título.
— Si el registrador revoca una tacha especial, por ejemplo, por supuestamente haberse presentado copias simples, reenvía.
— Si el título se presentó ante registro incompetente y el TR reconduce el procedimiento, se reenvía.
— Conforme a ello, cuando del Tribunal Registral revoque una tacha sustantiva y el registrador no hizo calificación integral, deberá hacer el reenvío.

Asimismo, existen otros Acuerdos del Tribunal Registral sobre el procedimiento en segunda instancia:

Improcedencia de tercer recurso de apelación (Pleno 89-2012)

"No debe admitirse un tercer recurso de apelación, y por ende su desistimiento; la única excepción sería cuando una de las apelaciones anteriores fue presentada por un tercero no legitimado para apelar.

Al aceptar el desistimiento del segundo recurso de apelación, debe señalarse en la misma resolución el plazo de vigencia del asiento." (Pleno 100-2012: 20 días)

Precisión sobre Acuerdo de Tercer Recurso de Apelación (Pleno 208-2019)

"No debe admitirse un tercer recurso de apelación, y por ende su desistimiento, independientemente si existió o no, en los anteriores recursos, pronunciamiento sobre el fondo.

Constituyen excepciones de procedencia del tercer recurso de apelación, la presentación de alguno de los recursos anteriores por tercero no legitimado, así como el supuesto en el que el Tribunal Registral hubiera efectuado reenvío al Registrador para que efectúe calificación integral."

Documentación subsanatoria (Pleno 208-2019)

"Procede presentar documentación subsanatoria de los defectos u obstáculos consignados por el Registrador, con el primer recurso de apelación o ante el Tribunal Registral." (No en tacha especial)

Documentación subsanatoria (Pleno 59-2010)

"No procede presentar documentación subsanatoria — sea mediante nuevos documentos o los mismos documentos rectificados — ante el Tribunal Registral cuando éste resuelve un segundo recurso de apelación."

6. CONCLUSIONES

El presente trabajo pretende dar a conocer aspectos esenciales del procedimiento registral peruano, sin la pretensión de agotarlos por la breve extensión de este trabajo. En el Perú, se presenta distinto y especial debido a que existen dos instancias, una segunda instancia que emite jurisprudencia registral profusamente y marca la pauta constante en la calificación registral, siempre buscando propiciar y facilitar las inscripciones, fin último. Sentimos que se ha reconocido su verdadera importancia al darle rango de ley a esa directriz del procedimiento, mediante la promulgación de la reciente Ley 31309.

GESTLEGAL

REAL ESTATE ENTITLEMENTS AND GRAPHIC IDENTIFICATION (*)

DIFFERENT WAYS OF IMMOVABLE PROPERTY RIGHTS REGISTRIES AND CADASTRES INTERACTION — INTRODUCTION TO STATE OF PLAY

FERNANDO P. MÉNDEZ (**)

INDEX: 1. FRAMING THE ISSUE: 1.1. REAL ESTATE PROPERTY RIGHTS: DIFFERENT INTERESTS, DIFFERENT PERSPECTIVES: 1.1.1. INCERTITUDE TO SOLVE; 1.1.2. DIFFERENT PERSPECTIVE OF JURISTS AND SURVEYORS OR TOPOGRAPHERS; 1.2. THE PRESSURE OF GEOGRAPHIC INFORMATION SYSTEMS (GIS) AND CADASTRES ON IMMOVABLE PROPERTY RIGHTS REGISTRIES: 1.2.1. THE EMERGENCE AND THE EXPANSION OF THE GEOGRAPHIC INFORMATION SYSTEMS; 1.2.2. THE IMPORTANCE OF CLASSICAL FISCAL FUNCTION OF CADASTRES HAS BEEN PROGRESSIVELY REDUCED; 1.2.3. THE ARISING OF CONCEPT OF LAND ADMINISTRATION. 2. FUNCTION AND EVOLUTION OF CADASTRES AND LAND REGISTRIES: 2.1. GENERAL APPROACH; 2.2. THE EVOLUTION OF LAND REGISTRY; 2.3. THE EVOLUTION OF CADASTRES. 3. MODERN STATE: PROPERTY RIGHTS AND TAXES. PROPERTY REGISTRIES AND CADASTRES. 4. THE STATE OF PLAY; 4.1. CADASTRES AND LAND REGISTRIES IN EUROPE. MERGED ORGANIZATIONS OR SEPARATE INSTITUTIONS? THE MAP; 4.2. THE COMMON VISION DOCUMENT; 4.3. THE EUROPEAN LAND REGISTRY ASSOCIATION (ELRA) STATEMENT; 4.4. THE EVOLUTION OF DOING BUSINESS POSITION; 4.4.1. GENERAL APPROACH TO METHODOLOGICAL FLAWS OF DOING BUSINESS RAPPORTS; 4.4.2. THE CHANGE OF POSITION OF DOING BUSINESS RELATED TO THE CADASTRAL PROCEEDINGS IN THE REGISTRATION PROCEDURE. 5. CARTOGRAPHIC TECHNIQUES AS A METHOD FOR DESCRIBING BOUNDARIES. 6. THE GRAPHICAL DESCRIPTION. SHOULD IT BE PROVIDED EXCLUSIVELY BY THE CADASTRE? A MONOPOLISTIC PROVIDER IS NOT JUSTIFIED. 7. THE SO CALLED "CADASTREREGISTRY COORDINATION". THE REGISTRY SHALL BE COORDINATED WITH REALITY. BOUNDARIES AS A LEGAL CONCEPT. 8. PROPERTY RIGHTS REGISTRY AND CADASTRE. ONE SINGLE INSTITUTION OR TWO, BUT COORDINATED, INSTITUTIONS? 9. FINAL CONSIDERATION.

1. FRAMING THE ISSUE

1.1. Real Estate Property Rights: different interests, different perspectives

1.1.1. Incertitude to solve

First and foremost, I would like to express my gratitude to the Organisation of this Conference for giving me the opportunity to

(*) This article is the content — revisited — of a speech of the author in The Land and Poverty Conference 2017.World Bank, Washington D.C., March, the 21th, 2017.

(**) Land Property, Commerce and Movables Registrar — Spain. Associated Professor, University of Barcelona.

address this Audience with a presentation that is an introduction to the state of play in the realm of different ways of real estate registries and cadastres interaction or, if you prefer, the interaction between real estate entitlements and graphic identification.

In societies like ours, where transactions are impersonal and the ordinary way of access to property is derivative, we find that the main obstacles for the private property over real estate are the following:

1. Knowing whether the person appearing to be the owner really is who he claims. It so happens that, in the real estate sphere, possession, even undisputed, it's not a reliable signal to identify the proprietor, and therefore possession cannot produce the same legitimizing effect as in the sphere of movable property.

The reasons for this are clear: not all *iura in rem* imply possession, many do not imply it and, in addition, *iura in rem* implying or not possession may coexist at once over a real estate asset; conversely, possession may not be representative of any *ius in rem* at all.

All this, is especially real in societies with high transactional frequency in the real estate market and, especially, when that high frequency of transactions happens among unknown parties.

2. Knowing whether the apparent owner has the power of disposition.

As it happens with the previous uncertainty, appearance dos not usually reveal the lack of such power, situation that may lead to losing the right you thought you had just acquired.

3. Knowing whether there are circumstances affecting previous contracts related to the same property, that may lead to the loss of the supposedly acquired right. This uncertainty happens not just in causal transmission systems but also in the so-called abstract transmission systems, regardless of appearances.

4. Knowing whether there are burdens charging the property, set by previous owners, which may be preferred to the acquired right and even imply, in case of execution, the loss of that right.

5. Considering the growing penetration of Public Law in the sphere of Private Law, and in particular regarding immovable property rights, in case a person is interested in purchasing a piece of

land, the buyer needs to find out what uses are allowed by urban planning and environmental legislation and, given the statutory nature of urban property in some jurisdictions, the obligations associated to the acquisition of such property.

6. Knowing, whether the physical portion of land the buyer is interested in acquiring, as described by the seller, corresponds to the physical boundaries of the property right the owner is about to transfer.

In absence of specific institutions to address these issues, the costs of acquiring, and protecting, real estate, could be so high that ownership of the land would only be affordable for the most powerful.

The first uncertainty, has been historically resolved by establishing Registries of Rights, implying a direct intervention of the State in the transmission system.

It is the only institution which allows to know *ex ante*, that is, leaving usucapio aside, who is the holder of a *ius in rem*, and the buyer to become also the holder of a *ius in rem*.In absence of a Registry of Rights only obligational rights are possible.

The next three issues, previously listed, are also resolved by the Registry of Rights, but not by the Registry of Documents. In order to address the first four obstacles it is therefore necessary to set up the appropriate legal and institutional technology.

As for the fifth issue, Town Halls and other public institutions usually rely on specific information systems. For that purpose, it is mandatory to rely on cartographic and geolocation techniques.

1.1.2. Different perspectives of jurists and surveyors or topographers

When jurists speak about property rights in general or real estate property rights and legal transactions, focus their attention on above mentioned incertitude: who is the owner, whether he has the power of disposition, whether there are causes for resolving the transaction due to previous contracts regarding the same property, what preferred liens and burdens have been established on the property by the previous owners, etc. The resolution of these problems required the

development of a complex legal infrastructure, slowly built in the course of centuries.

Jurists pay little attention to the depiction of immovable. In this aspect, they focus their attention not in the depiction of immovable but in the legal boundaries because when we are speaking about property rights boundaries is a legal concept not a physical one. The answer to this uncertainty has not, historically, required any elaborate and complex legal technology. Neighbouring proprietors may not know whether their neighbour is the *"verus dominus"* but if they accept the boundaries of the property he, or she, is in possession of, that should provide the potential buyer enough assurance that the boundaries are those that define his or her right.

Disputes between neighbouring proprietors are resolved by a Demarcation Lawsuit — the *actio finium regundorum* of Roman Law —, if as a result it was declared that the acquired property was of a lesser value, *the actio cuanti minoris* was available and, in any event, responsibility by eviction was always at hand.

However, Cadastres, topographers and surveyors focus their interest on the depiction of plot or immovable, specially physical boundaries and measurement. They usually think that these aspects are the main problems. And they are, but not for the market but for taxation. Furthermore, they usually take for solved the legal problems. Because they usually think that are problems easily solvable.

Jurists, however, usually believe exactly the opposite. While the resolution of the problems I mentioned earlier required the development of a complex legal infrastructure, slowly built in the course of centuries, however the matter of the delimitation of boundaries has not required the development of that complex legal technology for reasons above explained.

Furthermore, they usually do not believe that a graphical depiction of the immovable is necessary. It could be convenient in some cases but not necessary for transactions and, therefore, do not should be mandatory. In fact people do not feel the need of a graphical depiction of the immovable object of transaction. If people require this kind of services usually is by imposition of Cadastres.

In any case, the solution for incertitude above mentioned always is a juridical solution. Cartography and other techniques can be and,

in fact they are, useful tools for the juridical solution but, by they selves, are not a solution.

It is necessary to admit, however, that there is — or may there be — a relation between the issue of the determination of boundaries and location of registered property and the future evolution of registries, cadastres and related organisations.

1.2. The Pressure of Geographic Information Systems (GIS) and Cadastres on Immovable Property Right Registries

Leaving aside, for the time being, the different interests at stake, the reasons for the above are, among other, the following:

1.2.1. The Emergence and the Expansion of the Geographic Information Systems

First of all, the expansion on the field of "cartography" thanks to the emergence of geolocation new technologies, which enabled increasingly powerful Geographic Information Systems (GIS) tools at more affordable prices. This has often been utilised by Cadastres and all kinds of Cartography related Associations to try to take on functions reserved to Land Registries, be it by:

(1) Making cartography compulsory in every instance — or, particularly that of the Cadastre — as part of the registration procedure, as a necessary and indispensable tool for identifying properties.

(2) By directly assuming some functions of the Land Registry — e.g.: the demand for the *iuris tantum* presumption in relation to the description of properties to only operate if such properties are graphically described and, in its most cadastre-oriented version, only if they have been graphically described by the Cadastre's cartography — and

(3) By trying to take over the Land Registry in a sort of Merger by takeover, becoming a single institution.

Land Registry have traditionally lacked — and still do in many instances —, a graphical database serving as a tool to identify the

location and boundaries of registered properties, which has been portrayed as a serious weakness of registration systems.

This fact has indeed been presented as a practically invalidating feature of Registration systems lacking graphical databases, considering that it causes legal uncertainty and — therefore, it is a source for litigation — incompatible with the demands of an efficient market. Cartographic Technology — especially that brought in by the Cadastre — would present itself as a "saviour" to compensate the Registry's shortcomings in this field.

1.2.2. The Importance of Classical Fiscal Function of Cadastres has been Progressively reduced

The classical function of the Cadastre — related with the collection of taxes on land tenure — has been progressively reduced, not because territorial taxes do not generate income for the State, but because new taxes have been introduced: e.g.: tax on personal income, on company profits, on added value, etc —, with a much higher weight in the overall fiscal revenue of the State, leaving territorial taxation, and therefore the Cadastre, in a second level of importance in this realm.

This has forced the Cadastre to find new functions, which is in the origin of the so-called multifunctional Cadastre and, ultimately, in the desire to absorb some of the characteristic functions of the Land Registry. Consistent with this Strategy, the opportunities created by the advance in GIS Technology are focused in the direction already pointed out, and the alleged graphical weakness of the Land Registry are exaggerated, as we will see.

1.2.3. The Arising of Concept of Land Administration

The United Nations-European Commission for Europe (UN-ECE) is an important Institution dealing with several issues and areas of interest. One of them, which in broad sense we could refer to as "Real Estate", is tackled principally from the so called "Land Management" perspective, and even the more restrictive concept of "Land Administration" referred to the institutional activities of Cadastres and Land Registries.

So it can be inferred from the document: *Guidelines on Land Administration with special focus on countries in transition,* published in

1996 by the UN-ECE itself: *"Land administration is concerned with three commodities: the ownership, value and use of the land — within the overall context of land resource Management"* (page#12).

The idea of Land Administration is relatively modern and is closely related to the use of technology to obtain and manage the most relevant information in relation to the three aforementioned "commodities". It also belongs with the wider concept of Land Management, being Cadastres and Land Registries subsystems of the former.

Now, historically, neither the Land Registry nor the Cadastre, emerge as instruments of Land Administration. They developed in the various nations of Western Europe, to serve very diverse needs and goals, and accordingly they play different roles and do different things, regardless of what aspects of each function may be of reciprocal utility to the fulfilment of the different goals they pursue.

The main risk that presents the concept of Land Administration is that the design and management of Cadastres and, specially, Land Registries could be conceived from the perspective of the managers of the system instead from the perspective of needs of Cadastres and, specially, Land Registries — and ultimately from the needs of citizens — according to their respective functions, that represent different interests, with different priorities, sometimes conflicting.

The very concept of Land Administration drives to the unification of both institutions. This concept does not become from the field of Land Registries but from the field of Cadastres, as always happens with these kinds of issues. This trend to merged organizations is silent and with weak arguments, always becoming from the field of cartography, not from the field of jurists, very conscious of different nature of each institution.

2. FUNCTION AND EVOLUTION OF CADASTRES AND LAND REGISTRIES

2.1. General Approach

Land Registries in modern European States emerged as instruments to foster territorial credit, that is mortgage loans, that is to turn real estate into credit collateral.

But that was not possible if real estate — more precisely, rights on real estate — could not be acquired both easily and securely.

That is the challenge. In a context of impersonal transactions there is a *trade off* between security and ease of transactions transferring rights on real estate. The measures put in place to increase the security of the transaction result in reduced ease to transmit, and vice-versa. Registries of Deeds aim at reducing the severity of such *trade off.* Registries of Rights, on the other hand, do actually overcome that *trade off* by means of an elaborate legal engineering. Hence its importance. Under any circumstances, Land Registries, whether in the form of Deed Registries or Registries of Rights, are Institutions of the State aimed at providing the legal certainty and ease of transactions that the market demands.

The Cadastre, however, emerged historically to enable real estate taxation, especially over land tenure. It deals with those areas of the territory capable of producing wealth and, therefore, tax revenue, which requires that the owners are identified. Cadastres have traditionally paid special attention to the graphical depiction of the properties, as it is very useful for its fiscal goals. The Land Registries, however, do not have the graphical depiction as a priority, but the right identification of the property's boundaries, understood as the agreed lines between neighbouring owners and, in absence of the former, set by the courts of justice. For this reason, not always a graphical depiction has been used by the Land Registries, and when such been depiction has been utilized they have resorted, but not necessarily, to the one supplied by the Cadastre.

Historic evolution, both at Institutional and technological level, has caused both Cadastres and Land Registries to evolve, taking on new functions in addition to the ones they initially had. Also, the development of new technologies have enabled synergies unheard of between Cadastre and Land Registry.

2.2. The Evolution of Land Registry

The Land Registry has increased its initial functions to become a powerful instrument for law enforcement, especially when it is a Registry of Rights. So, for instance, not only the Registry checks the legal

compliance of the transmission act or contract, particularly in countries with Causal Transmission Systems, but also the compliance with the public legislation applicable to such transactions.

Checking, for instance, if the taxes on the transmission of property have been paid and preventing registration in case they have not, or if the violate urban planning or environmental legislation, among others.

This function becomes essential, for the Land Registry turns into a powerful instrument for the full realisation and enforcement of the Law.

That is possible thanks to the added value that registered entries in a Registry of Rights confer to entitlements of Property Rights on Real Estate while protecting them with a Property Rule, instead of just a Liability Rule. Only in a Registry of Rights, entitlements are protected by an *ex ante* property rule that means that a court ruling or acquisitive prescription is not required. Registration produces a property title *erga omnes*, resulting in a higher value for real rights as this makes them secure and easily transmittable.

In absence of a Registry of Rights, it is not possible to obtain an "absolute title" unless by means of acquisitive prescription (*usucapio*) or, in countries where it is admitted, by means of an universal purge procedure, such mechanisms are incompatible with the celerity the market demands. Besides, they only produce a "relative title", even in case of a Court decision, which can only rule which party has a better title, but cannot supply a title with universal (*erga omnes*) validity.

Of course, a Registry of this kind is a valuable instrument to making real rights secure and keeping transactions agile, while ensuring the effectiveness of legislation in force to implement public policies over the territory. These Registries also produce other valuable *by-products*, such as statistical data.

We must, however, bear in mind what is the primary goal of the Registry — enabling efficient real estate and mortgage markets —, and for that purpose it must serve a previous and instrumental finality — being the instrument of a system of conveyance that facilitates the secure and agile circulation of real estate rights in the Market — which requires a complex institutional and legal engineering.

As previously hinted, the Land Registry can generate certain *by-products* which may be useful for the purpose of Land Administration,

but the Registry cannot be designed with such *by-products* in mind as a priority, subjecting to those its primary and specific functions or changing its goals, as this would imply inefficiency — and inefficacy most of the times — in the legal infrastructure required for the optimal functioning of the Real Estate and Mortgage Markets.

Over the course of time, certain *by-products* of the Land Registry have gained great importance. For instance, the obligation to oversee the compliance of Public Legislation of any kind — or most of it — involved in real estate transactions, or the statistical data, or pointing to the Institutions holding information associated with the property but out of the scope of the functions of the Land Registry

All this is useful and desirable as long as the costs — both implied and explicit — passed on to the user are lower than the added value provided by registration, as, otherwise, transactions will tend to be conducted outside the Land Registry in order to avoid costs and controls which are not worth for the user and, therefore, the resulting balance will be negative,

This is one of the big risks present in the notion of the Land Registry as an instrument of Land Administration. Being an instrument of Land Administration is a *by-product* of the Registry but not its function nor its goal.

For this reason, it is quite worry some to witness the current fad of designing Registration Systems from the perspective of Land Administration as well as, in general, to introduce changes in Land Registries aiming at obtaining *by-products* which are alien to its finality, while at the same time, decreasing the legal value of the Registry's entries.

2.3. The evolution of cadastres

On their part, cadastres have also evolved. Their original fiscal function still is its main purpose, but that purpose has been supplemented with other functions relating to the management of the territory. As I already pointed out, cadastres have traditionally resorted to the graphical depiction of the plots of land — it is important to stress this idea — not the properties but the territory where they are projected, in order to identify the valuable, productive and therefore taxable territory. For this reason frequently the least valuable lands

were not included in the cadastre, drawing separation lines according to land use, physical features, economic characteristics, type of crops, etc...

This is the reason why traditionally the concepts of "polygon" and "cadastral parcel" have not matched the legal, civil or registral related concepts of property — as a piece of the earth's crust subject to ownership —, be it individual, *pro-indiviso* or communal property.

That information was not sufficient in order to exact taxes over land tenure: it was necessary to know who the proprietors were and over which area of land. At the early stages of the implementation of the different systems, registries could no be of great assistance for cadastres and their taxation efforts, as they did not usually rely on graphical representations of the properties and, besides, registration was often not compulsory, and even when it was, the buyers would frequently try to evade registration to avoid paying taxes.

Land Registries imply a cost that, from the point of view of parties only is justified if saves a higher cost. It depends not only of the cost of registration procedure but the added legal value of registrations. People only invest in transactional costs until the limit of marginal utility. Therefore, if the balance between the cost of registration procedure and legal added value of the property is negative and, in other side, the balance between this balance and the opportunity of business is zero or negative, people do not have incentives for registration and if registration is compulsory, properties became informal.

This is the reason why cadastres usually resorted to field personnel and neighbourhood polls, which was sufficient to exact taxes, but these methods to identify the owners — tax payers in actuality — didn't offer any warranty of certainty and accuracy as reality has proved over and over again.

Technological development and the diminishing importance of territorial taxation, after new kinds of taxes were introduced — personal income tax, corporate taxes, added value tax, etc — have led the Cadastres to self-label themselves as multi-purpose or multi functional, and subsequently follow the so-called "domain model"-launched by the UN-ECE in November of 2102— which, in brief, implies the buyout of the functions of the Land Registry or the unification of both institutions under a same authority.

This trend originates from the industry of geospatial data and from the cadastres, never from the Land Registry, as it should be made clear.

3. MODERN STATE: PROPERTY RIGHTS AND TAXES. PROPERTY REGISTRIES AND CADASTRES

It is worth observing that the modern state is an Institutional Arrangement under which government allocates and protects property rights to the citizens in exchange for taxes. In this precariously balanced relationship between government and citizens, the former is interested in keeping property rights as weak as possible while keeping taxes as high as possible, while the latter are interested in the contrary: property rights as strong as possible with the lowest possible taxes.

The Cadastre represents the interest of the States — the first of the interests described — while the Land Registry, as a Registry of Rights, represents the interest of the citizens and the market.

In so far as the government does not put its interest before those of the citizens and the market, prosperity will ensue. Therefore, there will always be a certain tension between both institutions — cadastre and registry-: they pursue different goals, serving different interests.

For that reason, in countries with Registries of Rights, cadastres are usually integrated with the Ministry of Finance, while the Registries belong with the Ministry or Justice or within the Judiciary Administration. Registries of Deeds, on the other hand, usually belong with Ministry of Finance, as appears to be logical, as they do not supply ownership data but documents which may be used, after paying the corresponding taxes, as a privileged evidence with precedence over other unpublished documents.

This organisation paradigm with two separate institutions, integrated in different sectors of the Public Administration is not merely due to historical inertia, as it is usually claimed without much foundation, but an intended organisational model with a solid underlying rationale.

This points out at a "trade off" that, when properly resolved, is key to facilitate — hinder or even prevent — the development of the market — in this case the real estate and mortgage markets —. One of the keys to increase fiscal revenue for the State is to generate an "efficient legal framework" that allows the efficient development of

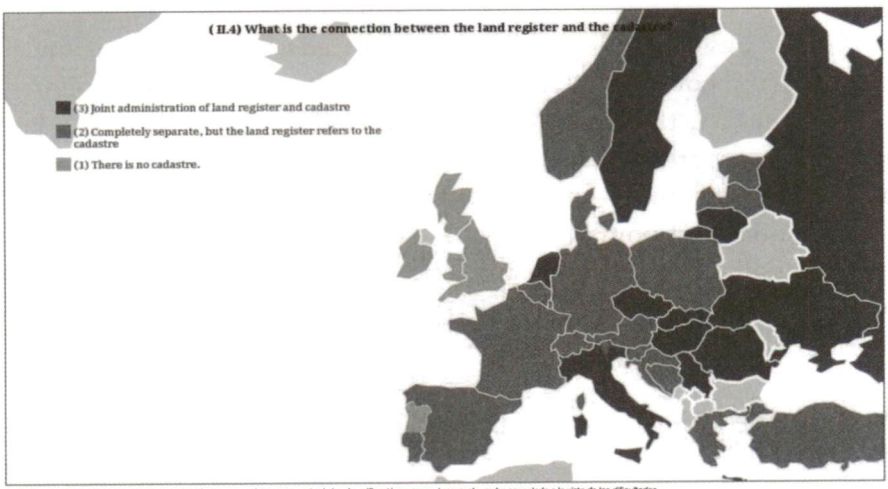
real estate and mortgage markets, which require strong and easily transmittable property rights.

But the "fiscal urges" of the State can lead to situations where organisational paradigms that focus on short term fiscal return prevail at the expense of the development of the markets and, ultimately, the collection of taxes.

Several examples of this situation exist throughout European History. Every governing politician will always feel tempted by this approach, and the current advance of GIS technology, along with the intense lobbying of Cadastres and Surveyors, and the insufficient understanding of the functions of the Land Registry and the complex legal engineering required for the efficient operation of such functions, may lead the politicians to adopt organisational approaches where — either consciously or unadvertedly — the fiscal aspect prevails, even at the expense of the market's efficiency and, ultimately, of the general advance of the Economy.

4. THE STATE OF PLAY

4.1. Cadastres and Land Registries in Europe, Merged Organizations or Separate Institutions? The Map



1.- En Grecia catastro y registro continuan separados aunque existe un proyecto de ley de unificación que por el momento, se ha congelado a la vista de las dificultades.
2.- En las regiones italianas de Trentino y Alto Adigio registro y catastro están separados.

Source: vdpPfandbrief Akademie
Méndez, F. P. 2017

GESTLEGAL

It is worth observing that some of the most important economies within the EU, either lack a Cadastre, or it remains a separate institution from the Land Registry, with a bigger or lesser degree of coordination between both institutions, being Italy the exception, where they are merged except for the regions of Trentino and Alto Adigio, and the Netherlands, where both Institutions conform a merged organization. It should be noted that Italy operates a Registry of Documents as does the Netherlands, except, in this country, for the constitution of Mortgages where it operates as a Registry of Rights.

England and Wales, Scotland, Ireland and the northern half of Portugal do not have Cadastre. Spain, France, Belgium, Swizerland, Germany, Austria, Poland, and almost all former balcanic republics have separated and coordinated Cadastres and Land Registries — of rights or of deeds —.

Until recently, Austrian Cadastre and Land Registry where jointly served by a public servant managing a single database, which has been split in recent times due to the different nature of both institutions.

It is also noticeable that with Poland's exception, two of the former Baltic Republics and most of the former constituents of Yugoslavia, Cadastre and Land Registry remain united, which can be attributed to their historical background of planned economy, a mentality of Pan-Statism and the inherited technical inventories of the Communist Era.

Greece has a Registry of Deeds and a Cadastre, but only is under the cadastral coverage the eight per cent of the surface of the country. This is, in fact, there is no Cadastre in Greece. Now there is a law project in progress to establish a merged organization on a cadastral — but inexistent — basis. The project, first in charge of the European Union, and now in charge of the World Bank, seems to serve, preferentially, tax collection interest, instead a better functioning of real estate and mortgage market, as the economic growth needs. The Portuguese experience could be very useful to Greece.

4.2. The Common Vision Document

After five years of difficult negotiations, in 2012, Eurogeographics, The Permanent Committee on Cadastre in the European Union — PCC, The

European Land Registry Association — ELRA, and The European Land Information System — EULIS, currently undergoing liquidation — signed *"The Common Vision Document"*. On year later The Council of European Geodetic Surveyors — CEGS — also signed it.

That Document advocates taking advantage of the synergies to be found when Cadastres and Registries cooperate the most. It does not by any measure proposes a merger or unification between Cadasters and Land Registries.

The Document also underlines the concept of Cadastral Parcel which apparently aims at establishing as the foundation of Cadastres — which already is — and Land Registries, which, in my opinion, is not possible because Individuals — within their legal boundaries — sell properties which may or may not coincide with the Cadastral Parcel, be only a part of such, include several parcels, whether they abut to each other or not, or even certain Real Rights which do not fall on a parcel of land at all. This could imply a serious restriction to the contractual freedom.

4.3. The European Land Registry Asociation (ELRA) Statement

The European Land Registry Asociation is an international association without lucrative purpose. It has thirty organizations representing the Land Registries of twenty two Member States of the European Union.

In the web site of the European Land Registry Asociation — https://www.elra.eu — we can read a statement —Elra Statement-. Among others things, this statement says:

> "Land registration systems reflect the legal traditions of the territory in which they operate and therefore vary from place to place. In some territories land registries register and, on behalf of the state, guarantee legal title, whereas in other territories land registries register deeds and do not purport to guarantee the deeds' validity. However in every jurisdiction the land registry is the official organisation responsible for operating the land registration system on behalf of the state. There can only be one official land registry for each territory.

Land registries determine property rights and, to be effective, their decisions need to be recognised by the courts. This means that, like the courts, although land registries act on behalf of the state, they must be independent of it. The issues that land registries need to consider typically have a high legal content and, for land registries to be effective, their staff must be suitably trained and qualified.

Most states have, in addition to a land registry, a mapping agency and a cadastre. The functions of the land registry, mapping agency and cadastre are complementary but different. Mapping agencies exist to record topography whilst the cadastre's primary purpose is fiscal. Some countries have found it administratively convenient to combine the functions in a single organisation.

In recent years technology has changed how the information contained in land registers is held, updated and published. Although new technology does not alter the core purpose of land registries, it is providing them with new opportunities."

This statement reflects the differents functions of property registries, cadastres and mapping agencies in different countries. It observes that in some countries are unified and averts that new technologies do not alter the "core purpose of land registries" but provide new oportunities. This statement focuses on the core function of land registries — specially if they are registries of rights-: the legality check of validity of transactions that enforces the judicial support to the contents of registrations.

4.4. The evolution of *Doing Business* Position [1]

4.4.1. General Approach to Methodological Flaws of Doing Business Reports

Throughout the different yearly reports published, only vague and generic references are made to the desirability of the property on land being "formalized", but these reports usually omit what is the purpose — the

[1] The World Bank decided to discontinue the Doing Business Report, due to detected ethical failures . You can see https://www.worldbank.org/en/news/statement/2021/09/16/world-bank-group-to-discontinue-doing-business-report.

end pursued — of the Land Registry or what is its function — the tasks it performs to achieve that end — or whether the different types or registries operate the same way, or they achieve their goals in different degrees, with different comparative costs or levels of efficiency.

Subsequently, only the number of procedures each registration system employs and the time it takes each of them are measured, taking for granted that the added value produced by the different systems is identical, which is simply not true, as not all systems avoid alternatives costs in the same manner — these are the costs that would be incurred in case a registration system were not in place — or with the same cost of operation.

When dealing with Registries of Rights the effect of *indefeseability of title*, saves more alternative costs than mere enforceability — Registries of Deeds —, but the former demands more resources to produce that effect as it requires a thorough and material legal decision. The key lies in conducting a cost/benefit analysis, and not just an enumeration of the costs of each system.

The fact that only an enumeration of costs is conducted also has an additional negative consequence: it leads policymakers obsessed with improving their country's performance in international rankings, to supress procedures which are essential to achieve the Registry's goals and effects, and by doing so they fail to save alternative costs which are then borne by the market, forcing the legal operators to invest in alternative procedures which are less effective and usually more expensive.

4.4.2. The Change of Position of Doing Business related to the Cadastral Proceedings in the Registration Procedure

We can see how the *Doing Business* report, used to compute the cadastral procedures — in those countries where such procedures existed — as part of the registration process, while since 2015 it has introduced a new paragraph regarding the Quality of Property registration, implying that the utilization of a Graphical depiction system — and

Also, you can see https://www.worldbank.org/en/news/statement/2021/09/16/statement-on-release-of-investigation-into-data-irregularities-in-doing-business-2018-and-2020.

covertly the unification of cadastre and registry — is a hint of a registration system's quality, all this without providing any background for this clearly perceptible change in the approach.

If we look at the *Doing Business* Report, specially before 2015, it can be noticed that the increase in costs and time in registration procedures is directly linked to the requirement, or lack thereof, of cadastral proceedings in the Registration Procedure. Such proceedings add costs but no real value to Registration.

For instance, if we read the 2009 *Doing Business Report* the number of proceedings is linked to the inclusion of cadastral proceedings in the registration procedure. In Greece, the inspection of a topographer, a plan signed by the topographer and the Land Registry and, then, submitted to Cadastre are needed. In Italy a cadastral certificate and then a cadastral entry are needed. In France, Belgium, Luxembourg and Poland the cadastral certificate also is needed.

The time consumption of registral procedure increases, registration procedure becomes more complicated, costs increase when cadastral certificates, the modification of Cadastre or a topographic plan are needed for registration. In Ireland the request of a technical intervention delays five years the registration procedure and increases its cost in five hundred euros. In Greece, the visit of a technician increases the cost of registration procedure in 300 euros and delays it some days, being the higher cost the need of a cadastral entry with a cost of 629 euros and a delay of, at least, five days. In Belgium, the need of a cadastral certificate delays the registral procedure ten days and increases its cost in 31 euros. In Italy the cadastral certificate increases the cost in 163 euros and the cadastral certificate in 25 euros, delaying the registral procedure ten days; in addition, the following cadastral modification costs 168 euros and, newly, delays the registration procedure. In France and Luxembourg, the cadastral certificate also delays the registration procedure.

These requests do not seem justified for efficiency reasons. Such proceedings add costs but no real value to Registration. In fact, few buyers would use these plans in case to have the freedom for use it or not.

In this same way, according to the 2007 *Zentrum für Europäische Rechstspolitics* (ZERP) report from the Bremen University, that costs would range from 38,08% in England, to 50,78% in the Netherlands. Implicit costs, measured in terms of delay of the whole registration

procedures, are not to be dismissed either, and would be hardly lower to the explicit costs.

Doing Business does not justify this change so expensive for citizens. Simply has introduced this change.

This thesis implies that the quality of a registration system depends on whether such system uses the graphical depiction of land provided by the cadastre, or, in some cases, bay technicians, taking for granted that such depiction is accurate and that the cost of such depiction outweights the added value it provides, if any, or that the depiction provided by the cadastre is preferable to any other a third party in the market could provide. Probably all this is a consequence, and a difficult one to avert, of contemplating the Cadastre and, even more, the Land Registry, from the perspective of Land Administration.

The *Doing Business* Reports, on the other hand, fails to compute the alternative costs a registration system saves, which depends on the legal effect of the Registry's entries and the trust the Court System and, therefore, the market, puts in such entries.

This forgetfulness prevents a cost/benefit analysis from being conducted, and accordingly to formulate acceptable criteria for registration systems. It is indeed imperative to seek approaches that can measure as accurately as possible the added value produced by the different registration systems.

In addition, all the institutional technology — registries, cadastres, courts of justices, etc.— should benefit from the advance in geospatial data technologies. These should be at the disposal of such institutions and help facilitate the establishment of efficient institutional designs. Otherwise, we could end up with an institutional regression smothered by the excessive and inadequate use of physical technologies.

5. CARTOGRAPHIC TECHNIQUES AS A METHOD FOR DESCRIBING BOUNDARIES

Over the last years the technologies of cartography, imagery and geolocation have experienced a great leap forward. It may suffice to browse the planet using Google Earth to realise to what extent this is true.

We are now able to virtually visit whole cities in 3d, rendered with an extraordinary level of detail.

Companies involved in cartographic projects, most of them large multinationals, have released immensely powerful tools at ever decreasing prices, as the technologies used are now standard and widely adopted worldwide, adding to the appeal of their products.

This has produced a new industry, focused on producing geospatial data, aiming at covering every field and aspect related to the territory by using imagery, cartography and geolocation.

In this context, there are some reforms that aim at introducing these techniques as a compulsory way to describe the pieces of the earth's crust where real estate *iura in rem* rely, overlooking the old literary technique of "metes and bounds".

The matter to be assessed now is whether such compulsion is justified, or not. As we have seen, explicit costs are not negligible. Implicit costs, measured in terms of delay of the whole registration procedures, are not to be dismissed either, and would be hardly lower to the explicit costs.

In exchange for these costs, interested parties should expect a benefit in terms of lower litigation based on disputes regarding boundaries. In this regard, it has to be pointed out that, in principle, that will depend greatly on the type of real estate asset. Usually, apartment blocks, do not suffer from boundary related disputes, as well as semi-detached or single-family homes.

This can arise, more likely, in the case of Rural Properties with lower comparative value, where due to their physical features it may be difficult to signal the boundaries, or where the previous owners have neglected this matter.

Despite all the insistence about the serious problem of legal certainty that, allegedly, causes the lack of cartographic and geolocation procedures in the Land Registry offices, however it may be observed how low the level of boundary related litigation is.

What's more, it is not clear that the utilization of such techniques would produce a reduction in the litigation level, but, most likely in the short term, a rise in litigations, due to the hypothetical increase of accuracy in the description of the boundaries, at least in the case of rural property.

In addition, it may be observed from the reports drafted by Wyman M.E. for the European Mortgage Federation —*Study on the Finantial Integration of European Mortgage Markets*, 2003 and *European mortgage distribution. Changing channel choices*, 2005-, that those countries that scored the highest are: UK, the Netherlands, Germany and Spain, which follow in this particular field very different policies.

Of these four countries, the one with better overall results is Spain, which debunks the statement that the non-utilization of graphical databases in the registration process causes legal uncertainty, as Spain does not use such databases except, according to for the first registration since 1996 and, according to a recent law of 2015, for the subsequent physical modification of registered properties or in case that transaction parties consider that are differences between the immovable object of transaction and its cadastral graphical depiction. The cadastral maps are the basis of graphical identification, with some exceptions. The validation of graphical depiction of boundaries is a competence of property registrar. England and Wales use the services of the Ordnance Survey and in Germany the description of immovable is a competence of Cadastre.

The mandatory use of these techniques in all real estate transactions would also cause a transitional problem that should be addressed. Indeed, if an already registered property, with a literary description, should incorporate a graphical description in successive transactions for them to be registered, such description should be agreed upon by the neighbouring proprietors through some new procedure, and that alone would imply highly variable, but potentially high, added costs which may lead to conflicts, without a clear benefit in sight.

6. THE GRAPHICAL DESCRIPTION. SHOULD IT BE PROVIDED EXCLUSIVELY BY THE CADASTRE? A MONOPOLISTIC PROVIDER IS NOT JUSTIFIED

However, in case it was decided to make the use of Geolocation and Graphic Identification techniques compulsory to obtain the protection of the Registry — this is: from the State — for private transactions, the

question of whether citizens could use exclusively graphic information from the Cadastre arises.

In my opinion the answer to that question must be negative, for various reasons. In the first place, because there is nothing to support that the provider of graphical information for real estate transactions and registration should be a monopoly. Here one cannot even talk about a natural monopoly, as the costs do not decrease with scale. On the contrary, a captive market would be created that would rise the prices and disincentive innovation. Secondly, because the cadastral unit is the "parcel", a concept which does not always match with the property as a registration unit, provided the citizens — within the limitations imposed to their freedom by the law — can group, divide, segregate, aggregate and, in general, define what they buy, sell or mortgage.

It is true that what a person buys from the seller may coincide with a cadastral parcel, but may well be a property comprised of chunks of several cadastral parcels, or a part from a larger parcel, etc. The freedom of the citizen cannot be restricted or subject to the concept of cadastral parcel, which cannot aspire to become the basic unit of real estate transactions, for the sole reason that the market would not tolerate that.

7. THE SO-CALLED "CADASTRE-REGISTRY COORDINATION". THE REGISTRY SHOULD BE COORDINATED WITH REALITY. BOUNDARIES AS A LEGAL CONCEPT

Related to this matter is the so-called Cadastre/ Land Registry coordination. This supposed coordination usually stems from the cliché that Cadastre must deal with the physical features of real estate, that is, its physical description, and the Land Registry must deal with the legal aspects, that is, the ownership and other *iura in rem* over real estate.

More precisely, with regard to the Cadastre, it must deal with the description of real estate, including the establishment of its boundaries. Let's take a closer look to both aspects.

About the description, this is necessary for tax valuation, essential goal of the Cadastre; also for other goals related to public policies on

use and territory management; for the description, geo-referencing, cartography and modern imagery are of great use. We must not forget, however, that buyers do not need such descriptions, but only marginally; that is why, perhaps they would only demand those descriptions only if they imply a very low cost — direct and indirect —. What the buyer really needs is the delimitation of boundaries.

Regarding the establishment of boundaries, it is necessary to state that *boundaries are not a physical but a legal concept*; boundaries abut properties and such abutting is the consequence of acts and legal agreements of the parties and the neighbouring proprietors. The establishment of boundaries, therefore, is not a function of the Cadastre; the graphical description may be, once the boundaries have been established by the neighbouring proprietors, although not as an exclusive competence, conversely it is the function of the Land Registry to establish the boundaries as it defines the contours on the land of the real right created by the Land Registry.

If the Cadastre deals with the description of the physical features of the territory for the purpose of territorial tax collection, it is necessary to conclude that, in order to be able to perform its function in an effective way, the Registry must supply data about ownership and other *iura in rem* created at the Registry, as the boundaries abut the spatial sphere of exclusivity of the properties.

Nevertheless, if we stick to the opinions usually voiced by cadastral institutions, in general, the coordination should imply that economic agents had to compulsory use Cadastral Graphic Data in Real Estate transactions, and that data should be the only allowed to be used at the Registries, also enjoying a presumption of accuracy which should be defeated by supporting evidence supplied by whoever disputes its accuracy, for the mere reason of being such data created by the monopolistic purveyor of graphic data.

With this approach too many important matters are neglected.

In the first place, that perfect coordination must exist between the Registry and reality. The Land Registry must identify — I stress the distinction between identifying and describing — with the greatest possible accuracy, the property subject to negotiation, regardless of its coincidence with a cadastral parcel, considering this is what the market demands.

Identifying means signalling the boundaries with the greatest possible accuracy, and the boundary is a legal concept, as it is that of "frontier" in Public Law, expressing the consensus among neighbours, a consensus that cannot be photographed, although it can be graphically described, but it must be noted that "by itself" the graphical description of the land does not show any "boundary".

Secondly, it is overlooked that the market operates at a speed, even modifying the properties, way superior that what the Cadastres are capable of keeping up with, that is why they may be temporarily out-dated, something that does not happen with the registries, as these must operate, in order to fulfil its role, following the speed of the market. This is the reason why not all registries demand graphical representations of the properties.

In the third place, it is understood that the cadastral graphic database is, generally, of good enough quality and, unfortunately, it is not often the case.

Taking all these questions into account, it looks as if the most sensible position to hold is that coordination should imply that the Cadastre conducts its fiscal function according to the information supplied by the Land Registry and that obtained by itself, in order to properly valuate the properties. It must also be taken into account that although most buyers apply for registration, to enjoy the protection of the Registry, and avoid the risks associated to not registering, the Cadastre can also obtain information from the Notaries, the Civil Registries regarding transmissions due to Inheritance, etc.

The better the Cadastre coordinates itself with all these institutions, the better it will fulfil its fiscal function. What cannot be done is subordinate the operation of the Land Registry —Basic Institution for the efficient functioning of the Real Estate and Mortgage Markets — to the corporate necessities of the Cadastres, by introducing unjustified requirements by what the market demands, which in addition will not bring an increase in tax collection. Indeed, although the obligation for buyer and seller to declare the transfer to the Cadastre is maintained, the number of failures to comply would remain stable, while the number of entries at the registry could decrease. Of course it would not increase due to the raise in costs and unnecessary procedures.

If we look at the *Doing Business Report*, it can be noticed that the increase in costs and time in registration procedures is directly linked to the requirement, or lack thereof, of cadastral procedures in the Registration Process. Such procedures add costs but no real value to Registration.

8. PROPERTY RIGHTS REGISTRY AND CADASTRE. ONE SINGLE INSTITUTION OR TWO, BUT COORDINATED, INSTITUTIONS?

Closely linked with this matter is the issue of whether Cadastre and Registry should be different, although coordinated, Institutions, or a single Institution, as it has recently been debated at UN-ECE. This is also a question included in the Doing Business Questionnaire for 2015 (Q.4, 4.1.3.). I will briefly present some ideas on this issue.

As it is known, the Modern State is, essentially an institutional arrangement that allocates property rights in exchange for taxes. In this relationship, the Government is interested in weak property rights and high taxes; unlike economic agents who prefer strong property rights and low taxes; as we all know these last conditions favour economic growth.

If we observe the historical evolution of the various European Registries, we can see that Registries of Rights usually develop within the Sphere of the Ministries of Justice or the Judicial Power, while Cadastres usually orbit around the Ministries of Finance, also Registries of Documents do not allocate any property rights or titles. This different location inside the State guarantees the necessary specialization and the necessary equilibrium between these opposed interests.

On the other hand, if we look into development projects in emerging countries, we see that the main interest lies in establishing systems to increase territorial tax collection, therefore establishing cadastres rather than registries, which explain many of these projects failures. Some countries have updated their cadastre data several times without any significant impact over the real estate and mortgage markets, because that is a function of the Registry and not of the Cadastre.

History and reality stubbornly prove that when tax urges prevail over the necessity for a legal infrastructure for the development of efficient mortgage and real estate markets, then failure is hardly avoidable.

For these reasons it seems advisable that Cadastre and Land Registry to remain separate institutions rather than a single one, as the odds are very high that tax interest will prevail over a more desirable efficient system of property rights transmission and enforcement. Keeping both institutions independent, although well coordinated, within the respective ministries of Finance and Justice appears therefore the most desirable option.

The favourable arguments to a merged organization do not arise. For example, in some papers — i.e.: Laarakker, P., W.T. de Vries, and R. Wouters. 2015. *"Land registration and cadastre: one or two agencies?" Linking land tenure and use for shared prosperity, proceedings of the annual World Bank conference on land and poverty*, 23-27 March 2015, Washington DC, United States — the authors have found, based on a literature review and their own analysis of the World Bank's *Doing Business* indicators that "no hard empirical evidence is available to promote the integrated model of cadastre and land registration organisations" (p. 3). Nevertheless with basis in a survey sent to 52 countries and responded by 20 respondents of, apparently, 20 different countries, authors ensure that the respondents " were all very experienced staff members who are (or have been) involved in all aspects of land administration and organizational change (p.7)"-. Any evidence has been proved regarding if the transactions costs are lower, if there are less boundaries litigations, if the consumption of time is lower, if entitlements are more secure, if people agree, etc etc.

Those statements show that, perhaps, for some managers the main reason for building a merged organization is the power and the approach to Cadastre and specially to Registry from the perspective of The Land Administration concept, considering that both institutions main functions and finalities are to be part of the Land Administration System. They do not have to adapt to reality: the reality has to adapt to them.

As I think I have showed this is a big mistake. From the point of view of Cadastre and, specially, of Property Rights Registry, this is a *by product*, nor its function neither its finality. Managers have to work for citizens, not citizens for managers.

This *by-product approach* explains why we can see so many failed projects. These projects, in fact, design a merged organization of cadastral basis, therefore with a preferent purpose of taxation, and with a weak system of protection of entitlements and without ease and secure transactions. Therefore, the promised results never arise, because, in fact, the project is a cadastral project not a registral one. This happens not only in developping countries, but also in developped ones. For example, in Greece.

Greece is an european country, member of the European Union, with a long juridical tradition, very influenced by French and German systems since its Independence in 1830, and, therefore, with separated Land Registry and Cadastre, with a mixed registral system, and with only eight per cent of land under cadastral coverage. However, the project supported by the World Bank foresees a merged organization, and the lost of title of property for citizens that in a period of time — seven years — do not cadastre their properties. In other words, a Cadastre that does not exist absorbs the Land Registry, under the threat of punishing citizens with the lost of their properties. Under this design will be very difficult that we can see a succesfull result. Projects need a good theory and the adaptation to reality for became successful. This does not seem to be the case of Greece.

9. FINAL CONSIDERATION

Along this paper I have tried to focus the attention on the complexity of legal system that allows us to have, simultaneously, secure immovable property rights entitlements — specially *in rem* entitlements — and agile transactions in a context of impersonal exchanges. This is the context of a market economy. This goal requires a very complex and delicate juridical technology. The main and more specific technology for it is the Land Registry, specially the Property Rights Registry, the State tool for it. At the same time states need taxes for handling their payments. A part of these taxes became from the land tenure, land use and land transactions. In order to achieving this goal states needs a Cadastre.

Between both institutions is desirable a cooperation as high as possible, fully respecting their respective functions and goals, which determine their own organizational structure.

For the State, taxes are very important, but an efficient functioning of the market is much more important, even for tax collection. This is why is so important that the fiscal urges of governments do not overwhelm markets in general, and, in this case, immovable markets. These fiscal urges should not weaken or, even, overwhelm the legal framework that the real estate and mortgages markets need to be efficient.

In order to achieve this delicate equilibrium between both priorities it is needed that the Cadastres and the Land Registries remain separate institutions integrated in different ministries: this is, the Property Rights Registry must be integrated in the Ministry of Justice or in the Judicial Power; in case of Registry of deeds, its integration is possible in the Ministry of Finance. The logical integration of cadastres shall be in the Ministry of Finance or, perhaps, in the Ministry of Environment. From that point, is needed or, at least, highly useful, to foster the cooperation.

The Land Administration and the Land Management are useful concepts for a better use of the territory. Cadastres and Land Registries are useful tools for achieving this goal, but neither Cadastre nor Land Registry have, among their functions, this function. Probably, cadastres can evolve to a wider functions related to the territory. Property Rights Registries also broaden these functions, as we had seen before, but inside the development of their core functions. The working of land registries produces *by products* useful for the Land Administration, but land registries shall be designed and organised in order to achieve this own an important goals related to the efficient functioning of real estate and mortgage markets and the enforcement and realization of Law. The design and organisation of land registries in order to achieve goals of the Land Administration, regardless or overwhelming the needs of their core functions are a mistake.

GIS technologies can be very useful to optimise the exploitation of by products of land registries activity for the Land Administration or other purposes.

ANTEVÉSPERAS DOS REGISTROS IMOBILIÁRIOS

UM PASSEIO HISTÓRICO ÀS FONTES ROMANOEGÍPCIAS

IVAN JACOPETTI DO LAGO

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O EGITO ROMANIZADO, SUA ADMINISTRAÇÃO E O NOMO DE OXIRRINCO. 3. OS PAPIROS DE OXIRRINCO E A PETIÇÃO DE DIONYSIA. 4. O EDITO DE METTIUS RUFUS. 5. CONCLUSÃO: A BIBLIOTHEKE ENKTESEON.

1. INTRODUÇÃO

Nos conta Plínio, o Velho, que "*...contra ab occasu refulgens nuncupatur vesper ut prorogans lucem vicemve lunae reddens*" [1], ou seja que o Planeta Vênus quando brilha no oeste recebe o nome de *Vesper*, como algo que prolonga a luz (do sol que se põe), e executa o ofício da lua. Assim como *Vesper* brilha no ocaso do dia, *Vespera* é o vocábulo latino para a tarde. E as *Vesperas* as orações que se fazem à tarde [2].

Em português, tornaram-se as vésperas, ainda, os dias anteriores a algum acontecimento. E a antevéspera o dia antes da véspera.

Já se tratou das *Vésperas do Notariado Brasileiro* [3] em clássico trabalho que resgatou fontes e muito contribuiu para o conhecimento da conformação histórica da instituição notarial luso-brasileira.

No presente trabalho — tomando como mote as vésperas notariais — recuaremos ainda mais no tempo para tratar de fontes papirológicas

[1] Cf. *Naturalis Historia*, L. II, Capítulo VI.

[2] Cf. ANTENOR NASCENTES, *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*, vol. I, 1.ª Ed., Rio de Janeiro, Jornal Do Commercio, 1955, V p. 524.

[3] Cf. SÉRGIO JACOMINO, *Vésperas do Notariado Brasileiro: Um passeio histórico às fontes medievais*, in, *RDI* (53) (2002).

GESTLEGAL

encontradas em escavações no Egito e que deram a conhecer institutos jurídicos bastante inusitados da experiência jurídica greco-romano-egípcia de grande interesse para a história dos registros imobiliários mundiais.

2. O EGIPTO ROMANIZADO, SUA ADMINISTRAÇÃO E O NOMO DE OXIRRINCO

Quando Otávia, com o conhecimento de seu irmão Otaviano, comunicou seu marido Marco Antônio, em 35 a.C., que estava a caminho para encontra-lo na Ásia com um contingente de dois mil soldados de cavalaria pesada, recebeu como reposta ordens de permanecer na Itália. Neste momento Marco Antônio vivia maritalmente com outra mulher, Cleópatra, mais velha e mais feia que Otávia [4]. Não obstante ainda fosse casado com esta última, já havia reconhecido dois filhos tidos com Cleópatra, Alexandre Hélio e Cleópatra Selene, bem como lhe havia cedido o controle da Síria, Chipre e parte da Cilícia [5]. Com tudo isso, Marco Antônio tornou-se cada vez mais dependente de Cleópatra e de seu reinado no Egito, bem como aumentou seu antagonismo com seu cunhado Otaviano [6], com quem, juntamente com Lépido, dividia o governo de Roma.

Ao retornar a Alexandria no outono de 34 a.C., Marco Antônio celebrou seu pretenso triunfo na Ásia em uma cerimônia na qual ele e Cleópatra, esta vestida como a deusa Ísis, foram aclamados, junto de seus filhos, em tronos de ouro. Aos presentes, Marco Antônio proclamou que Ptolomeu Cesário, filho de César e Cleópatra, era o filho legítimo de Júlio César, com o que seu cunhado Otaviano, filho de Júlio César por adoção, seria um usurpador. Ptolomeu Cesário foi, assim, saudado como Rei dos Reis, e sua mãe, Cleópatra, como Rainha dos Reis, e ambos como monarcas do Egito e Chipre; e os filhos

[4] Cf. Theodore Mommsen, *A History of Rome under the emperors* Londres, Routledge, 1996, pp. 69-70.

[5] Cf. Howard Hayes Scullard, *From the Gracchi to Nero — A History of Rome from 133 B.C. to A.D. 68*, Abingdon, Routledge, 2011, p. 142.

[6] Cf. Howard Hayes Scullard, *From the Gracchi to Nero — A History of Rome from 133 B.C. to A.D. 68*, Abingdon, Routledge, 2011, p. 142.

de Marco Antônio e Cleópatra receberiam, como governadores, parte dos domínios então sob seu poder [7]. Estas ações transferiam a pompa e circunstância do triunfo militar para Alexandria em claro ultraje a Roma, o que levou o Senado a declarar guerra contra Cleópatra. Iniciava-se aí a ruína de Marco Antônio, a conquista do Egito e o fim do domínio dos Ptolomeus [8].

Na primavera de 32 a.C., Marco Antônio estava estacionado na Ásia Menor, e de lá se dirigiu, acompanhado de Cleópatra, à Grécia, para encontrar as tropas de Otaviano. Com um poder naval inferior — em especial em razão de numerosas deserções causadas pela presença de Cleópatra [9] — Marco Antônio viu-se forçado a recuar na Batalha de Áccio, em setembro do ano 31 a.C., selando seu destino. Otaviano perseguiu Marco Antônio até o Egito, culminando na ocupação de Alexandria e no suicídio de Cleópatra e de seu consorte [10].

O Egito tornava-se, com isso, uma riquíssima província romana, e somente seria independente novamente no Século XX d.C.

A esse respeito, deve-se recordar que o Antigo Egito possuía uma atividade agrícola excepcionalmente produtiva, e em nenhum momento durante os períodos Ptolomaico e Romano a demanda interna chegou perto da oferta, o que gerava considerável excedente. E houve expansão desta atividade a partir do início do Período Ptolomaico, expansão esta que prosseguiu pelo menos até meados do segundo século depois de Cristo [11].

A província romana do Egito também dispunha de uma outra característica muito relevante, em especial para os historiadores: seu clima árido propiciou a preservação de dezenas de milhares de

---

[7] Cf. Howard Hayes Scullard, *From the Gracchi to Nero — A History of Rome from 133 B.C. to A.D. 68*, Abingdon, Routledge, 2011, p. 143

[8] Cf. Theodore Mommsen, *A History of Rome under the emperors* Londres, Routledge, 1996, p. 69.

[9] Cf. Howard Hayes Scullard, *From the Gracchi to Nero — A History of Rome from 133 B.C. to A.D. 68*, Abingdon, Routledge, 2011, p. 144.

[10] Cf. Theodore Mommsen, *A History of Rome under the emperors* Londres, Routledge, 1996, pp. 70-71.

[11] Cf. Alan Bowman, *Agricultural Production in Egypt*, in, *The Roman Agricultural Economy — Organization, Investment, and Production*, 1a Ed., Oxford, Oxford University Press, 2013, Pp. 220-221.

documentos de papiro dos períodos helenístico e romano. Esta riqueza documental única faz do Egito essencial para a compreensão da aplicação do Direito Romano nas províncias, e sugere que nos distintos nomos — divisões administrativas — aplicava-se intensamente o direito costumeiro local, principalmente em matérias de família e sucessões [12].

No Período Romano, a quantidade de nomos flutuou entre trinta e quarenta [13]. A divisão em nomos fora herdada do período ptolomaico, e cada um deles era gerido por um governador ou *strategos* nomeado pelo *praefectus* do Egito, por intermédio de quatro governadores regionais, ou *epistrategoi*. Cada nomo tinha uma capital, ou *metropolis*, onde ficava instalado o governo local [14].

O período da história de Roma conhecido como Principado, iniciado precisamente ao tempo da conquista do Egito, se caracterizou pela idéia de que o governante era um primeiro cidadão (*princeps*) de uma cidade livre, que exercia o poder com base eu seu prestígio político: sua *auctoritas*. Cabia ao povo das províncias venerar o princeps como o soberano justo e humano de todo o mundo civilizado, como libertador das opressões e misérias do mundo anterior, como portador da paz e como rei divinizado [15].

Augusto tomou para si a administração das províncias militarmente mais importantes, deixando as demais sob a administração de procônsules nomeados pelo Senado. As rendas das províncias administradas pelo princeps ingressavam em seu próprio tesouro, o *Fiscus Caesaris*, que não se confundia com o antigo tesouro da república — o *Aerarium Populi Romani*. A par disso, surgiu em torno do *princeps* um minucioso aparato burocrático remunerado,

---

[12] Cf. Anna Dolganov, *Reichsrecht and Volksrecht in Theory and Practice: Roman Justice in the Province of Egypt (P. Oxy. II 237, P. Oxy. IV 706. SB XII 10929)*, in, *TYCHE — Beiträge zur Alten Geschichte Papyrologie und Epigraphik (34) (2019)*.

[13] Cf. Alan Bowman, *Agricultural Production in Egypt*, in, *The Roman Agricultural Economy — Organization, Investment, and Production*, 1a Ed., Oxford, Oxford University Press, 2013, P. 222.

[14] Cf. David Peacock, *The Roman Period (30 BC — AD 395)*, in,*The Oxford History of Ancient Egypt*, 2.ª Ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 416.

[15] Cf. Wolfgang Kunkel, *Historia del Derecho Romano*, 9a Ed., Barcelina, Editorial Ariel Derecho, 1994, pp. 56-58.

que, com o passar do tempo, foi se ramificando cada vez mais. Estes cargos eram ocupados por membros da nobreza senatorial ou da classe dos cavaleiros (*equites*). A maioria das províncias geridas pelo princeps tinha por governador um nobre; e um pequeno número delas tinha por governador um cavaleiro. Era o caso da importante província do Egito, celeiro do Império, e o cargo de seu governador — *praefectus Alexandriae et Aegypti* — era um dos mais altos que um cavaleiro poderia alcançar. Tamanha era a importância estratégica da província para o imperador, que nem mesmo os membros da classe senatorial poderiam nela ingressar sem sua autorização expressa e especial [16].

Infelizmente, de apenas alguns poucos nomos chegaram até nós informações confiáveis sobre seu modo de ser, dentre os quais se destacam Arsínoe (no Oásis de Faium), Hermópolis Magna (na divisa entre o Alto e o Baixo Egito) e Oxirrinco (na atual Província de Al-Minya, no Alto Egito) [17].

O Nomo de Oxirrinco — que, em 150 d.C., deve ter sido povoado por aproximadamente 6.000 famílias compostas, em média, por cinco indivíduos [18] — é especialmente importante para este trabalho. Sobre ele se tem informações suficientes — em especial, cadastros tributários, que estimavam em 254.826 *arouras* (70.200 hectares) a quantidade de terra cultivada ou habitada — para que se possa teorizar acerca de sua distribuição territorial. Destes 70.200 hectares, provavelmente 56.160 hectares eram empregados no cultivo de grãos, 8.424 hectares eram empregados em jardins e vinhedos e 5.616 hectares eram destinados a outros usos, tais como as zonas habitadas de aldeias e cidades, as áreas ocupadas por templos e necrópoles, destinadas a pastagens etc. Isto propiciou, no ano II d.C., uma produção de 2.436.000 *artabas* de cereais, correspondentes a 73.567.200 kg de

[16] Cf. Wolfgang Kunkel, *Historia del Derecho Romano*, 9a Ed., Barcelina, Editorial Ariel Derecho, 1994, pp. 62-64.

[17] Cf. Alan Bowman, *Agricultural Production in Egypt*, in, *The Roman Agricultural Economy — Organization, Investment, and Production*, 1a Ed., Oxford, Oxford University Press, 2013, P. 222.

[18] Cf. Alan Bowman, *Agricultural Production in Egypt*, in, *The Roman Agricultural Economy — Organization, Investment, and Production*, 1a Ed., Oxford, Oxford University Press, 2013, P. 244.

GESTLEGAL

trigo moído [19]. Sua capital, de mesmo nome, era bem organizada, e continha um ginásio, banhos públicos, um teatro e cerca de vinte templos [20].

Até a conquista romana as terras de agricultura do Egito, mesmo durante o período ptolomaico, eram eminentemente públicas, e pertenciam majoritariamente ao Faraó. De maneira geral, permaneciam no domínio privado tão somente as terras em que situadas construções, ou destinadas ao cultivo de uvas, oliveiras e tamareiras [21]. Os achados arqueológicos evidenciam, contudo, que no Período Romano a quantidade de terras públicas — estimada ao tempo da conquista em um terço do total — foi se reduzindo progressivamente, até que estas, mediante mecanismos como a venda a particulares, reclassificação ou mesmo absorção por proprietários vizinhos, viessem a desaparecer por completo. Em qualquer dos casos, contudo, as terras eram exploradas costumeiramente mediante arrendamento [22].

Alguns dos papiros encontrados em Oxirrinco indicam a existência de grandes proprietários de terra no local.

O primeiro deles [23] consiste em uma declaração de bens de uma certa negociante chamada Calpurnia Heraklia, da notável família alexandrina dos Calpurnii [24]. Esta declaração, feita em 245 d.C., comunicava às autoridades tributárias — com a finalidade de se obter uma isenção — quais de suas terras não haviam sido inundadas no

---

[19] Cf. Alan Bowman, *Agricultural Production in Egypt*, in, *The Roman Agricultural Economy — Organization, Investment, and Production*, 1a Ed., Oxford, Oxford University Press, 2013, Pp. 223-224.

[20] Cf. David Peacock, *The Roman Period (30 BC — AD 395)*, in,*The Oxford History of Ancient Egypt*, 2.ª Ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 416.

[21] Cf. Klaus Maresch, *Die Bibliotheke Enkteseon im römischen Ägypten — Überlegungen zur Funktion zentraler Besitzarchive*, in, *Archiv für Papyrusforschung und verwandte Gebiete* (48) (2002).

[22] Cf. Alan Bowman, *Agricultural Production in Egypt*, in, *The Roman Agricultural Economy — Organization, Investment, and Production*, 1a Ed., Oxford, Oxford University Press, 2013, Pp. 223-225.

[23] Cf. P. Oxy. XLII.3047-8, disponível em < https://papyri.info/ddbdp/p.oxy;42;3047>.

[24] Cf. Livia Capponi, *Roman Egypt*, 1.ª Ed., Londres, Bristol Classical Press, 2011, p. 67.

exercício, permanecendo sem água, ou demandando irrigação [25]. Calpurnia Heraklia possuía um total de 1.683 arouras de terras não inundadas naquele ano (aproximadamente 464 hectares), compostas por glebas distintas espalhados em cinco aldeias diferentes. A maior delas, situada na aldeia de Thmoenopsobthis, media 909 arouras (aproximadamente 250 hectares). Todas estavam arrendadas, e as datas de aquisição pela família variavam entre o reinado de Tibério (14 d.C. — 37 d.C.) e o de Gordiano III (238 d.C. — 244 d.C.) [26].

O segundo deles [27] consiste no testamento de Aurelius Hermogenes (também conhecido como Eudaemon), *exegetes* (ou seja, um funcionário público) e *prytanis* ou *bouleutes* (ou seja, chefe do conselho) da ilustre cidade de Oxirrinco [28]. O testamento data do ano de 276 d.C., e dispõe de terras de cultivo de grãos situadas em seis aldeias do Nomo de Oxirrinco, vinhedos situados em três aldeias, uma casa com pertenças e escravos [29].

A já mencionada declaração de bens Calpurnia Heraklia, ao identificar cada uma de sua propriedades, por vezes menciona a data da compra, por vezes a data do registro [30]. Mas que registro seria esse? Trata-se de uma das mais originais instituições egípcio-greco-romanas: a "biblioteca de aquestos", ou *Bibliotheke Enkteseon*, de que se tratará mais adiante [31].

---

[25] Cf. Jane Rowlandson, *P. Oxy. XLII 3047, VII 1044, and the land tax in kind*, in, *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik (67) (1987)*.

[26] Cf. Alan Bowman, *Agricultural Production in Egypt*, in, *The Roman Agricultural Economy — Organization, Investment, and Production*, 1a Ed., Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 232.

[27] Cf. P. Oxy. Vi.907, disponível em <https://papyri.info/ddbdp/p.oxy;6;907>.

[28] Cf. Judith Evans Grubbs, *Women and the Law in the Roman Empire — A sourcebook on marriage, divorce and widowhood*, 1a Ed., Londres, Routledge, 2002, p. 249 (nota 72).

[29] Cf. Alan Bowman, *Agricultural Production in Egypt*, in, *The Roman Agricultural Economy — Organization, Investment, and Production*, 1a Ed., Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 232.

[30] Cf. Jane Rowlandson, *P. Oxy. XLII 3047, VII 1044, and the land tax in kind*, in, *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik (67) (1987)*.

[31] Para uma visão panorâmica de outras instituições relacionadas ao Registro de Imóveis nos demais períodos da história do Antigo Egito, cf. Ivan Jacopetti do Lago, *História do Registro de Imóveis*, 1.ª Ed., São Paulo, RT, 2020, pp. 64-79.

GESTLEGAL

3. OS PAPIROS DE OXIRRINCO E A PETIÇÃO DE DIONYSIA

As descobertas papirológicas do Século XIX deixaram bastante claro que no Egito Romanizado permanecia em vigor uma tradição jurídica ininterrupta baseada em elementos prévios gregos e nacionais egípcios [32].

A esse respeito, no outono de 1896 uma expedição à cidade de el-Bahnasa, situada a 120 milhas ao sul do Cairo, e local em que, na antiguidade, se situava a *metropolis* do Nomo de Oxirrinco, teve resultados espetaculares. Mesmo antes das escavações os líderes da expedição, os egiptólogos britânicos Bernard Grenfell e Arthur Hunt, já vislumbravam o potencial papirológico do local, já que a antiga Oxirrinco fora próspera, as maioria das ruínas datava do período greco-romano, e, aparentemente, os cemitérios e necrópoles ali situados não haviam sido saqueados em tempos recentes [33].

A primeira impressão, contudo, não foi favorável. As ruínas desde muito haviam sido utilizadas como fonte de materiais de construção, com o que pouco restava das construções. Além disso, o local desde longa data vinha sendo utilizado como depósito de lixo e detritos. Mas foi em meio aos montes de lixo que os papiros — muitas vezes fragmentos, mas em quantidades consideráveis — começaram a ser encontrados [34].

Estes montes de lixo ancestrais eram relativamente baixos, medindo não mais de dez metros de altura. Alguns eram isolados, outros estavam ligados entre si. Os papiros neles encontrados consistiam em documentos públicos e privados, textos religiosos cristãos anteriores ao século III d.C. (como, por exemplo, o primeiro capítulo do Evangelho de São Mateus), entre outros [35].

Após algum tempo de escavação, o fluxo de papiros descobertos aumentou torrencialmente. Para armazená-los, a equipe encomendou

---

[32] Cf. WOLFGANG KUNKEL, *Historia del Derecho Romano*, 9a Ed., Barcelina, Editorial Ariel Derecho, 1994, p. 87.

[33] Cf. BERNARD PYNE GRENFELL, *Oxyrhyncus and its Papyri*, in, *Archaeological Report (Egypt Exploration Fund) — 1896-1897*, p. 1.

[34] Cf. BERNARD PYNE GRENFELL, *Oxyrhyncus and its Papyri*, in, *Archaeological Report (Egypt Exploration Fund) — 1896-1897*, pp. 2-3.

[35] Cf. BERNARD PYNE GRENFELL, *Oxyrhyncus and its Papyri*, in, *Archaeological Report (Egypt Exploration Fund) — 1896-1897*, p. 6.

a artesãos caixas feitas de latão. Mas era tão grande o volume de papiros encontrados — a maioria bastante próxima da superfície do solo arenoso — que a quantidade de caixas nunca era suficiente [36].

Quanto aos motivos de os papiros estarem jogados em um depósito de lixo, os motivos podem variar de uma biblioteca de cristãos perseguidos pelas autoridades romanas [37], a antigos arquivos públicos que periodicamente se desfaziam de seu acervo de documentos [38].

Ao final da escavação, haviam sido encontrados centenas de milhares de fragmentos de papiros. Alguns deles eram absolutamente inúteis, mas estavam acompanhados de partes de mais de 300 obras de literatura ou teologia majoritariamente escritos em grego, como textos homéricos, poesia épica, lírica, elegíaca, trágica e cômica; obras de oradores, historiadores e filósofos; tratados de métrica, geometria, medicina, gramática; além de cerca de 2.000 documentos dos primeiros sete séculos da Era Cristã, abrangendo editos, testamentos, contratos, correspondência, petições, balanços, orações, horóscopos, fórmulas mágicas, recibos, cobranças entre outros [39].

Entre estes se encontravam a Declaração de Bens de Calpúrnia Heraklia e o testamento de Aurelius Hermogenes, dos quais já se falou, como também a célebre Petição de Dionísia [40]. Trata-se de um grande papiro, do ano 186 d.C., composto por nove colunas de texto, das quais as primeiras três e a última coluna são praticamente ilegíveis, e a quarta e a quinta colunas estão muito danificadas, com o que, a despeito do uso de potentes reagentes químicos, não puderam ser recuperadas. Há texto também no verso do papiro, consistente no Livro V da Ilíada. Com isso, acabaram por ser publicadas

[36] Cf. Bernard Pyne Grenfell, *Oxyrhyncus and its Papyri*, in, *Archaeological Report (Egypt Exploration Fund) — 1896-1897*, p. 7.

[37] Cf. Bernard Pyne Grenfell, *Oxyrhyncus and its Papyri*, in, *Archaeological Report (Egypt Exploration Fund) — 1896-1897*, p. 6.

[38] Cf. Bernard Pyne Grenfell, *Oxyrhyncus and its Papyri*, in, *Archaeological Report (Egypt Exploration Fund) — 1896-1897*, p. 8.

[39] Cf. Bernard Pyne Grenfell, *Oxyrhyncus and its Papyri*, in, *Archaeological Report (Egypt Exploration Fund) — 1896-1897*, p. 11.

[40] Cf. P. Oxy. II.237, disponível em <https://papyri.info/ddbdp/p.oxy;2;237> e está parcialmente traduzido para o inglês em *Select Papyri in Five Volumes*, vol. II, 3.ª Ed., Londres, Willian Heinemann, 1963, pp. 104-108, trecho em que se tem o Edito de Mettius Ruffus.

GESTLEGAL

apenas suas colunas quatro a oito, as quais, por sorte, parecem ser as mais importantes [41].

O conteúdo do anverso do papiro é uma petição judicial apresentada ao *praefectus* do Egito, Pomponius Faustianus, por uma mulher chamada Dionysia, eposa de um egípcio chamado Horion. A lide se dá contra seu pai, Chairemon, e a petição, na verdade, é um memorial detalhado das circunstâncias do caso [42]. Chairemon era um ex ginasiarca de Oxirrinco, e Pomponius Faustinianus estava *praefectus* no 26.º ano do reinado de Commodus [43].

Ao que parece, Chairemon havia entregue à filha uma propriedade como dote, retendo para si seu gozo. Contudo, Chairemon viu-se às voltas com dívidas, e, para apaziguar os credores, Dionysia e sua mãe consentiram que o bem lhes fosse dado em garantia. Não constam do texto as razões por que destes fatos veio a nascer uma contenda entre Dionysia e seu pai [44].

A dívida garantida, aparentemente, envolvia o montante de 08 talentos, o tinha por credor um certo Asclepiades. Ao longo de dois anos, Dionysia realizou uma série de acordos com seu pai, com o objetivo de propiciar o pagamento da dívida. Chegou a assumir parte do débito, sob condição de obter as rendas de algumas propriedades de Chairemon [45].

Todavia, em algum momento Chairemon tentou retomar o bem para si. Aparentemente, isto ocorreu quando Dionysia, com base no acordo entabulado anteriormente, reteve a renda que lhe cabia sobre as propriedades do pai [46]. Chairemon, após longa disputa, apelou a

---

[41] Cf. Roberto de Ruggiero, *Le Prime Illustrazioni Della Cosidetta "Petizione di Dionysia"*, in, *Bullettino Dell`Istituto di Diritto Romano* (13) (1900), pp. 61-62.

[42] Cf. Roberto de Ruggiero, *Le Prime Illustrazioni Della Cosidetta "Petizione di Dionysia"*, in, *Bullettino Dell`Istituto di Diritto Romano* (13) (1900), pp. 63-64.

[43] Cf. Bernard Pyne Grenfell; Arthur Surridge Hunt, *The Oxyrhyncus Papyri*, vol. II, 1.ª Ed., Londres, Egypt Exploration Fund, 1899, p. 141.

[44] Cf. Roberto de Ruggiero, *Le Prime Illustrazioni Della Cosidetta "Petizione di Dionysia"*, in, *Bullettino Dell`Istituto di Diritto Romano* (13) (1900), pp. 63-64.

[45] Cf. Bernard Pyne Grenfell; Arthur Surridge Hunt, *The Oxyrhyncus Papyri*, vol. II, 1.ª Ed., Londres, Egypt Exploration Fund, 1899, pp. 143-144.

[46] Cf. Bernard Pyne Grenfell; Arthur Surridge Hunt, *The Oxyrhyncus Papyri*, vol. II, 1.ª Ed., Londres, Egypt Exploration Fund, 1899, pp. 143-144.

um argumento extremo: arguir como fundamento de seu direito de retomar o bem uma disposição do direito local [47], que dava ao pai a faculdade de escolher a qualquer tempo o matrimônio da filha. Não mais consentindo no matrimônio, este teria se tornado ilegal, e, por conseguinte, não haveria mais dote. Dionysia, por sua vez, alegava que era direito das mulheres maiores não serem subtraídas de seus maridos, bem como seu direito sobre o bem estava assegurado por uma inscrição regular no registro público [48].

Esta prerrogativa provavelmente se baseava na manutenção pelo pai, segundo o direito local, da patria potestas em alguns casamentos nos quais o marido não se tornava curador de sua esposa. Paralelamente, isto implicava a manutenção de deveres alimentares do pai em relação à filha casada, e desta em relação a seu pai [49].

O aspecto pecuniário da questão entre Chairemon e sua filha dizia respeito a um instituto algo obscuro, denominado *katoché* (*κατοχή*) no documento. A petição não estabelece com clareza os contornos da *katoché*, mas sugere tratar-se de um direito concedido pela ordem jurídica egípcia, em regra, à mulher sobre o bem transmitido a título de dote a seu marido, ou aos pais sobre os bens transmitidos a seus filhos, que não se confunde com seu uso [50]. Dos efeitos da *katoché* se tratará mais em detalhe mais adiante.

A Petição de Dionysia toca em diversos temas de grande interesse histórico, como o procedimento dos processos judiciais, a vigência e aplicação das leis locais nas províncias, mas, principalmente, faz

[47] A grande questão que tem ocupado os estudiosos, neste ponto, é qual seria a Lei invocada por Chairemon como fonte de seu direito de revogar seu consentimento. Para alguns, seria um direito greco-egípcio local; para outros, haveria um direito de reclamar a filha casada — *aphaeresis* — no Direito Ático, com o que a alegação de Chairemon teria raízes gregas. A respeito, cf. Anna Dolganov, *Reichsrecht and Volksrecht in Theory and Practice: Roman Justice in the Province of Egypt (P. Oxy. II 237, P. Oxy. IV 706. SB XII 10929)*, in, *TYCHE — Beiträge zur Alten Geschichte Papyrologie und Epigraphik (34) (2019)*.

[48] Cf. Roberto de Ruggiero, *Le Prime Illustrazioni Della Cosidetta "Petizione di Dionysia"*, in, *Bullettino Dell'Istituto di Diritto Romano* (13) (1900), pp. 63-64.

[49] Cf. Raphael Taubenschlag, *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri*, 2.ª Ed., Varsóvia, Pánstowe Wydawnicto Naukowe, 1955, pp. 141-142.

[50] Cf. Bernard Pyne Grenfell; Arthur Surridge Hunt, *The Oxyrhyncus Papyri*, vol. II, 1.ª Ed., Londres, Egypt Exploration Fund, 1899, p. 142.

menção da existência de um registro público de aquisições [51]. Esta notícia é bastante relevante por desafiar a *communis opinio* de que o Direito Romano não teria conhecido institutos ou mecanismos verdadeiros dirigidos à publicidade da situação jurídica dos imóveis [52].

De maneira mais específica, consta da Petição a transcrição do Edito de Mettius Ruffus, expedido no ano 89 d.C., pelo então *praefectus* do Egito. Este edito tratava especificamente do registro público de contratos relativos às *katoché*, dentre outros temas relacionados. Consta, ainda, da Petição que Dionysia compareceu perante o *strategos* de Oxirrinco solicitando que, em cumprimento do disposto no mencionado Edito, se determinasse aos responsáveis pelos registros públicos (os *βιβλιοφύλακες*) a expedição de um relatório de todos os documentos ali arquivados que estivessem relacionados à demanda, o que foi deferido, e consta da Petição também a resposta do *βιβλιοφύλακες* ao pedido feito [53].

A seguir Dionysia peticionou ao magistrado Pomponius Faustianus para que este, reconhecendo seu direito, informasse ao *strategos* de Oxirrinco que deveria este mantê-la na posse do bem, o que foi deferido. Com a ordem em mãos, Dionysia foi ao *strategos*, e pediu a ele que informasse ao *βιβλιοφύλακες* que seus direitos deveriam ser respeitados e que nenhum questionamento posterior de Chairemon deveria ser admitido. E isto também foi feito. A partir deste momento, recusando-se a aceitar o resultado da demanda, Chairemon apelou a um argumento extremo: com base em seu direito de pai, e na alegação de que teria sido ameaçado por seu genro, Horion, exerceria seu direito de separar sua filha do marido à força, e o fez apresentando nova petição a Pomponius Faustianus. Este se recusou, contudo, a processar nova demanda, e determinou ao *strategos* que solucionasse o caso nos termos das instruções já recebidas anteriormente. Neste ponto se

---

[51] Cf. Roberto de Ruggiero, *Le Prime Illustrazioni Della Cosidetta "Petizione di Dionysia"*, in, *Bullettino Dell'Istituto di Diritto Romano* (13) (1900), p. 64.

[52] Por todos, cf. Salvatore Pugliatti, *La Trascrizione*, vol. I, 1.ª Ed., Milão, Giuffrè, 1957, p. 92; e Ipollito Israele Luzzati, *Della Trascrizione — Commento teorico-pratico al titolo XXII, libro III del codice civile italiano*, vol. I, 4.ª Ed., Turim, UTET, 1905, p. LIV.

[53] Cf. Bernard Pyne Grenfell; Arthur Surridge Hunt, *The Oxyrhyncus Papyri*, vol. II, 1.ª Ed., Londres, Egypt Exploration Fund, 1899, p. 146.

encerra o relato: em resposta à missiva do *strategos* a Pomponius Faustianus, alegando que a questão da prerrogativa paterna de Chairemon ainda não havia sido adjudicada, é que Dionysia apresentou sua célebre petição [54].

Estes papiros são extremamente relevantes para a História do Direito.

Segundo o princípio da personalidade que dominava os direitos da antiguidade, a Lei de nascimento vinculava as pessoas, e não há dúvidas de que isto valia também no Egito romanizado. Acrescente-se que habitava o Egito uma grande população grega, que vivia sob suas respectivas leis de nascimento segundo a região da Grécia de onde procedia [55].

O modo como se deu a convivência entre estas diversas leis e o Direito Romano — e as respectivas influências e contradições — suscitam uma grande quantidade de perguntas, cuja solução a luz trazida pelos papiros que ilustram a prática cotidiana é fundamental.

4. O EDITO DE METTIUS RUFFUS

Transcrito na Petição de Dionysia, o Edito de Mettius Rufus é uma proclamação do então *praefectus* do Egito no ano 89 d.C., Marcus Mettius Rufus. Integrante da classe dos cavaleiros, Mettius Rufus nasceu em Arles, na Gália, e desempenhou a honrosa posição de governador do Egito entre 88 e 92 d.C., até que a família dos Mettii viesse a cair em desgraça em virtude de acusações de que um dos filhos de Mettius Ruffus estaria conspirando contra o príncipe [56].

O Edito trata da reorganização do registro de aquisições ou de propriedades conhecido como *Bibliotheke Enkteseon*, e seu teor será transcrito adiante [57]:

---

[54] Cf. Bernard Pyne Grenfell; Arthur Surridge Hunt, *The Oxyrhyncus Papyri*, vol. II, 1.ª Ed., Londres, Egypt Exploration Fund, 1899, pp. 146-148.

[55] Cf. Raphael Taubenschlag, *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri*, 2.ª Ed., Varsóvia, Pánstowe Wydawnicto Naukowe, 1955, pp. 3-10.

[56] Cf. Segolène Demougin, *Aux origins des aristocracies provinciales*, in, *Revue archéologique de Narbonnaise* (49) (2016).

[57] A tradução para o português baseia-se na tradução inglesa de Hunt e Edgar (Cf. Arthur Surridge Hunt e Campbel Cowan Edgar, *Select Papyri*, vol. II,

GESTLEGAL

Edito de Mettius Rufus: Proclamação de Marcus Mettius Rufus, governador do Egito. Claudius Arius, *strategus* do Nomo de Oxirrinco, me informou que nem os negócios públicos, nem os privados, estão recebendo tratamento adequado, em virtude de, por muitos anos, os extratos no ofício de registro de propriedades não virem sendo adequadamente mantidos, muito embora os governadores que me antecederam tenham com freqüência ordenado que eles deveriam sofrer a necessária revisão, o que não é fatível sem que cópias sejam feitas desde o princípio. Dessa maneira, eu determino a todos os proprietários que registrem sua propriedade no ofício de registro de propriedades dentro de seis meses, e que todos os credores hipotecários registrem suas hipotecas, assim como quaisquer outras pessoas que pretendam ter direitos sobre tais bens. Ao fazê-lo, deverão declarar a fonte de que procede, em cada caso, sua propriedade. Também as esposas — se, com base em alguma Lei local, tiverem direitos sobre os bens — deverão anotá-lo no registro da propriedade de seus maridos, assim como as crianças nos de seus pais, se o gozo do bem por estes últimos foi estabelecido em instrumento público, de forma que, com sua morte, passe a posse do bem a seus filhos, de sorte que aqueles que negociarem com seus pais não sejam enganados por sua ignorância. Eu também determino às pessoas encarregadas da redação ou conservação de contratos que não pratiquem qualquer ato sem prévia autorização do ofício de registro, ficando avisado que uma transação que infrinja esta regra não tem validade, e que as pessoas envolvidas sofrerão as penalidades devidas pela desobediência. Se o ofício de registro contiver declarações de propriedade de períodos anteriores, que sejam preservadas com o máximo cuidado, tal como se faz com seus próprios extratos; de maneira que se no futuro se fizer uma investigação contra autores de falsas declarações, estes possam ser condenados. De maneira que o uso dos extratos possa ser seguro e permanente, de tal modo que a realização de um novo registro não seja necessária, eu determino aos responsáveis pelos ofícios

3.ª Ed., Londres, William Heinemann, 1963, pp. 105-109) e na tradução francesa de Modrzejewski (Cf. Joseph Mélèze Modrzejewski, *Édit du Préfet d'Egypte Marcus Mettius Ruffus sur la Publicité Foncière*, in, *Les lois des Romains*, 7.ª Ed, Napoli, Jovene, 1977, pp 381-385.

de registro que revisem seus extratos a cada cinco anos, transportando para os registros corrigidos o último estado dos bens de cada pessoa, organizados segundo a aldeia, e a espécie dos bens.

O Edito é sobremaneira relevante, por transparecer vários componentes do que deve ter sido este notável sistema de registro.

Mettius Ruffus ordena a todos aqueles que tivessem direitos sobre os imóveis que os declarassem à Biblioteca dentro do prazo de seis meses contados do Edito. Estariam abrangidos tanto aqueles que detinham direitos evidentes sobre os bens — proprietários, credores hipotecários — como também aqueles que tivessem direitos não tão evidentes, como, conforme o caso, as mulheres e o menores [58].

Vê-se, em primeiro lugar, que se trata de um registro com efeitos jurídicos: a instrumentalização do negócio sem a obtenção da prévia autorização pelo registro — *Epistalma* — implicava a invalidade do negócio [59].

Assim, além de motivações fiscais, o registro claramente tem uma função publicitária, no interesse dos particulares, de maneira a se buscar evitar que alguém que não detivesse a disponibilidade de um bem o alienasse [60].

Quanto ao mecanismo de funcionamento, reconhece-se a importância do encadeamento das titularidades no tempo, já que, como afirma Mettius Ruffus, a reforma dos ofícios demandava que houvesse cópias (ou seja, os extratos praticados pelo registro com base nos títulos apresentados) "desde o começo".

E, nesse sentido, é importante observar que os registros eram praticados por extrato, não se confundindo o título apresentado (que seria

[58] Cf. François Lerouxel, *Le marché du crédit privé, la bibliothéque des acquets et les tâches publiques en Egypte Romaine*, in *Annales. Histoire, Sciences Sociales* (67) (2021).

[59] Em sentido contrário, para José Luis Alonso não era tão clara a nulidade do negócio desprovido de epistalma. Segundo o autor, este trecho da tradução do Edito resulta de integração feita por Grenfell e Hunt. A respeito, cf. José Luis Alonso, *The Bibliotheke Enketeseon and the Alienation of Real Securities in Roman Egypt*, in, *The Journal of Juristic Papyrology* (XL) (2010).

[60] Cf. Hendrik Verhagen, *Secured Transactions in Classical Roman Law*, in, *Roman Law and Economics*, vol. II, 1a Ed., Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 132.

arquivado) com o registro em si. E a importância do arquivamento das cópias era a de municiar eventual ação de falsidade daquilo que nelas era declarado.

Do funcionamento da *Bibliotheke Enkteseon* se tratará mais profundamente no próximo item.

5. CONCLUSÃO: A *BIBLIOTHEKE ENKTESEON*

No período romano do Principado surgiu a *Bibliotheke Enkteseon*, registro público de propriedade abrangendo majoritariamente bens imóveis — e direitos incidentes sobre eles — mas também escravos [61].

A *Bibliotheke Enkteseon* surgiu propriamente entre os anos 68 e 72 d.C., de modo que em cada nomo seria instalado um ofício específico para registrar contratos entre particulares. Esta nova instituição provocou uma revolução no mercado de crédito privado, e serve mesmo como um marco histórico de sua evolução. No período iniciado pela criação da *Bibliotheke Enkteseon*, o mercado de crédito se torna mais aberto e inclusivo, com o que, por exemplo, mais mulheres conseguem tomar empréstimos. Dados indicam que também houve um aumento na média dos valores emprestados, de 107 a 360 dracmas. O que possibilitou esta ampliação no mercado de crédito foi precisamente um maior recurso a garantias, em especial garantias reais imobiliárias [62]. Provavelmente, a nova entidade surge como uma derivação de um arquivo central que já existia desde o tempo dos Ptolomeus [63]. Este arquivo preexistente mantinha os registros de interesse da administração pública, do qual se separou a instituição destinada ao registro das transações entre particulares [64].

---

[61] Cf. Hans Albert Rupprecht, *Greek Law In Foreign Surroundings: Continuity and Development*, in, *The Cambridge Companion to ancient Greek Law*, 1a Ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 335.

[62] Cf. François Lerouxel, *Le marché du crédit privé, la bibliothéque des acquets et les tâches publiques en Egypte Romaine*, in *Annales. Histoire, Sciences Sociales* (67) (2021).

[63] Cf. Klaus Maresch, *Die Bibliotheke Enkteseon im römischen Ägypten — Überlegungen zur Funktion zentraler Besitzarchive*, in, *Archiv für Papyrusforschung* (48) (2002),

[64] Cf. Raphael Taubenschlag, *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri*, 2.ª Ed., Varsóvia, Pánstowe Wydawnicto Naukowe, 1955, p. 223.

Antes disso não havia propriamente um registro; mas já havia uma tradição secular de notariado egípcio, que remonta à época Saíta, no século VII a.C. Após a conquista romana, os conquistadores não pretenderam eliminar esta instituição, mas, ao contrário, fortalecê-la, notadamente por meio da criação de ofícios notariais nas aldeias de todo o interior do Egito. Com isso, mesmo pequenas aldeias, como Soknopaiou Nesos (onde viviam aproximadamente 700 moradores) dispunham de um ofício notarial. E os contratos privados, mesmo após a conquista, em grande medida continuavam a ser redigidos segundo os direitos locais que permaneciam em vigor. É importante observar que no antigo Egito a prática da escrita era corrente nos negócios. Na aldeia de Tebtynis, em que vivivam aproximadamente 4.500 pessoas, escavações encontraram três protocolos notariais, relativos aos anos 45-46 d.C., e que continham 836 escrituras, das quais 176 consistiam em escrituras de constituição de garantias. O trabalho destes notários era remunerado pelas próprias partes que os procuravam, e apesar de serem lícitos instrumentos particulares — *chirographe* — estes eram minoritários [65]. Ainda, os notários deveriam ser indicados dentre os *ierogrammateis*, ou seja, os escribas [66].

A despeito de sua licitude, ao que parece não eram admitidos na *Bibliotheke*, o que fazia com que esta padecesse de certa incompletude, e, por conseguinte, não cumprisse a função de proteção da boa-fé desempenhada por parte dos sistemas contemporâneos [67]. Com isso, haveria um sistema dual de propriedade, um fundado em instrumentos públicos registrados — e que munia seu titular de ações que protegiam seu direito — e outro, fundado em instrumentos particulares que, para serem convertidos em títulos públicos (e, portanto, juridicamente exigíveis) dependiam de procedimento denominado *ekmartyresis* ou *demosiosis*. Sua realização, contudo, não implicava um posterior registro compulsório na *Bibliotheke* [68].

---

[65] Cf. François Lerouxel, *Le marché du crédit privé, la bibliothéque des acquets et les tâches publiques en Egypte Romaine*, in *Annales. Histoire, Sciences Sociales* (67) (2021).

[66] Cf. Raphael Taubenschlag, *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri*, 2.ª Ed., Varsóvia, Pánstowe Wydawnicto Naukowe, 1955, p. 603.

[67] Cf. Klaus Maresch, *Die Bibliotheke Enkteseon im römischen Ägypten — Überlegungen zur Funktion zentraler Besitzarchive*, in, *Archiv für Papyrusforschung* (48) (2002).

[68] Cf. José Luis Alonso, *The Bibliotheke Enketeseon and the Alienation of Real Securities in Roman Egypt*, in, *The Journal of Juristic Papyrology* (XL) (2010).

A *Bibliotheke* era competente em matéria de imóveis — terras e construções — como também de escravos, por vezes quase tão valiosos quanto imóveis no Egito Romanizado. E sua operação aumentou de maneira sistemática a quantidade de informações disponíveis sobre os direitos de propriedade dos indivíduos, reduzindo a assimetria de informações entre credores e devedores no mercado de crédito [69].

Há três opiniões diferentes sobre a finalidade da *Bibliotheke* [70]. Para Mitteis, sua finalidade era de um arquivo central, destinado à preservação de toda sorte de contratos privados, ao mesmo tempo em que funcionava como um registro da propriedade imobiliária. Segundo o autor, não necessariamente a constituição de direitos reais dependia do registro; mas os direitos registrados prevaleciam em relação aos não registrados. Já para Preisigke, estaria ausente a função de registro imobiliário: a Bibliotheke nada mais era do que um arquivo de contratos, que eram ali arquivados facultativamente. Finalmente, para Woess a Bibliotheke era mesmo um registro da propriedade imobiliária, não obstante o registro, para ele, não tivesse qualquer efeito sobre a aquisição de direitos reais. O arquivamento dos contratos seria obrigatório, mas a função do arquivo seria apenas de mecanicamente fornecer informações sobre a disponibilidade dos imóveis.

A despeito disso, é inegável que a Bibliothele não consistia em mero arquivo de contratos. O registro — e sua ausência — efetivamente repercutiam na situação jurídica do bem.

Segundo o Edito de Mettius Rufus, os notários egípcios não poderiam lavrar instrumentos sem previamente obter uma autorização da *Bibliotheke*, denominada *epistalma*, sob pena de nulidade e multa de 50 dracmas aplicada ao notário. O pedido de autorização é realizado por aquele que dispõe do bem, ou que o oferece em garantia, cabendo-lhe, se o caso, provar seu direito de proprietário. Consta entre os Papiros de Oxirrinco um fragmento de uma solicitação desta natureza, em que um

[69] Cf. François Lerouxel, *Le marché du crédit privé, la bibliothéque des acquets et les tâches publiques en Egypte Romaine*, in *Annales. Histoire, Sciences Sociales* (67) (2021).

[70] Para um resumo das opiniões, cf. Raphael Taubenschlag, *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri*, 2.ª Ed., Varsóvia, Pánstowe Wydawnicto Naukowe, 1955, pp. 223-224.

certo Achillas pede autorização para hipotecar uma gleba de seis *arouras* (1,6 hectares), jurando que a terra está livre e desembaraçada [71]. A expedição da *epistalma* ficava condicionada a um exame de legalidade feito pela *Bibliotheke*, no qual se verificava se havia registro — *apografé* — da aquisição pelo transmitente; se o transmitente estava legitimado a transferir; e se havia algum impedimento à disposição — uma *katoché*, de que se tratará adiante. Uma vez concluída a transação, esta, após ser apresentada a registro e examinada, gerava nova *apografé* [72].

Trata-se, assim, de um registro geral de propriedade de particulares sobre imóveis e escravos, no qual com base em diferentes declarações de particulares os registradores estabelecem fichas relativas aos direitos de propriedade de cada um, dificultando a oneração ou transmissão de um bem por quem dele não fosse proprietário. As informações disponibilizadas pela entidade tinham qualidade e estavam acessíveis ao público, contribuindo sobremaneira ao funcionamento do mercado [73].

Cada *metropolis* de cada nomo possuía seu próprio conjunto de livros de registro, ou *diastromata*. Os *diastromata* eram divididos em rolos, por ordem alfabética, e cada rolo em folhas numeradas, as *kollemata*. Cada *kollema*, em regra, continha os registros de um proprietário específico; mas o fólio de uma certa pessoa podia abranger mais de uma folha, se o caso. Ainda, para cada pessoa havia um escaninho, destinado a todos os documentos, contratos etc, que houvessem sido apresentados por ela ou seus antecessores [74].

No que diz respeito especificamente às garantias, a *Bibliotheke* aperfeiçoou uma modalidade tipicamente grega de garantia de credores: a *hypallagma*. Consistia esta em uma espécie de acordo de não

[71] Cf. François Lerouxel, *Le marché du crédit privé, la bibliothéque des acquets et les tâches publiques en Egypte Romaine*, in *Annales. Histoire, Sciences Sociales* (67) (2021).

[72] Cf. Raphael Taubenschlag, *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri*, 2.ª Ed., Varsóvia, Pánstowe Wydawnicto Naukowe, 1955, p. 226.

[73] Cf. François Lerouxel, *Le marché du crédit privé, la bibliothéque des acquets et les tâches publiques en Egypte Romaine*, in *Annales. Histoire, Sciences Sociales* (67) (2021).

[74] Cf. Raphael Taubenschlag, *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri*, 2.ª Ed., Varsóvia, Pánstowe Wydawnicto Naukowe, 1955, p. 225.

GESTLEGAL

alienação de um bem específico estipulado entre o devedor e o credor. O credor não adquiria propriamente um direito sobre o bem; mas o devedor abria mão de seu poder de disposição sobre ele. Até a criação da *Bibliotheke* empregava-se um mecanismo rudimentar para assegurar sua observância pelo devedor: este entregava ao credor a posse dos documentos que fundamentavam sua propriedade. Com a criação da *Bibliotheke*, a *hypallagma* passaria a figurar no *diastroma*, o fólio registral, impedindo sua disposição — efeito que as fontes denominam *katoche*. Até que o devedor obtivesse a quitação pelo credor, e, por conseguinte, fosse levantada a *katoche*, cabia à *Bibliotheke* recusar o fornecimento da *epistalma*. Com isso, não seria possível dispor licitamente do bem. Em um papiro encontrado na *metropolis* do Nomo de Arsínoe, Ptolemais Euergetis, uma certa Isarous, filha de Apollonios, estabeleceu, em 116 d.C., uma *hypallagma* sobre um escravo, em garantia de uma dívida de 456 dracmas. No documento, a devedora se dirige diretamente ao registrador — o *bibliophylakes* — solicitando que este não cooperasse em nada com ela, até que fossem apresentados os recibos do pagamento da dívida [75].

Ao que parece, a *Bibliotheke Enkteseon* existiu tão somente até meados do Século IV d.C., não por desinteresse do Estado, mas sim em razão de seu poder não mais ser suficiente para garantir a sobrevivência de uma instituição tão sofisticada [76].

Com seu ocaso, somente na Colônia medieval — aproximadamente mil anos depois — o mundo voltaria a conhecer um registro imobiliário cujos livros fossem não apenas arquivos mas propriamente repositórios jurídicos e produtores de efeitos jurídicos [77].

---

[75] Cf. José Luis Alonso, *The Bibliotheke Enketeseon and the Alienation of Real Securities in Roman Egypt*, in, *The Journal of Juristic Papyrology* (XL) (2010). O papiro em questão é o *P. Wisc.* II 54, disponível em < https://aquila.zaw.uni-heidelberg.de/ddb/P.Wisc.;2;;54;;>.

[76] Cf. Klaus Maresch, *Die Bibliotheke Enkteseon im römischen Ägypten — Überlegungen zur Funktion zentraler Besitzarchive*, in, *Archiv für Papyrusforschung* (48) (2002).

[77] Para um resumo da evolução do Registro Imobiliário em Colônia, cf. Lino Rodriguez Otero, *La gestación del sistema registral alemán: Crítica y diferencias com em nuestro*, 1.ª Ed., Madri, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2012, p. 51.

BIBLIOGRAFIA

ALONSO, JOSÉ LUIS, *The Bibliotheke Enketeseon and the Alienation of Real Securities in Roman Egypt*, in, *The Journal of Juristic Papyrology* (XL) (2010)

BOWMAN, ALAN, *Agricultural Production in Egypt*, in, *The Roman Agricultural Economy — Organization, Investment, and Production*, 1a Ed., Oxford, Oxford University Press, 2013

CAPPONI, LIVIA, *Roman Egypt*, 1.ª Ed., Londres, Bristol Classical Press, 2011

DEMOUGIN, SEGOLÈNE, *Aux origins des aristocracies provinciales*, in, *Revue archéologique de Narbonnaise* (49) (2016)

DOLGANOV, ANNA, *Reichsrecht and Volksrecht in Theory and Practice: Roman Justice in the Province of Egypt (P. Oxy. II 237, P. Oxy. IV 706. SB XII 10929)*, in, *TYCHE — Beiträge zur Alten Geschichte Papyrologie und Epigraphik (34) (2019)*

GRENFELL, BERNARD PYNE, *Oxyrhyncus and its Papyri*, in, *Archaeological Report (Egypt Exploration Fund) — 1896-1897*

GRENFELL, BERNARD PYNE E ARTHUR SURRIDGE HUNT, *The Oxyrhyncus Papyri*, vol. II, 1.ª Ed., Londres, Egypt Exploration Fund, 1899

GRUBBS, JUDITH EVANS, *Women and the Law in the Roman Empire — A sourcebook on marriage, divorce and widowhood*, 1a Ed., Londres, Routledge, 2002

HUNT, ARTHUR SURRIDGE E CAMPBEL COWAN EDGAR, *Select Papyri*, vol. II, 3.ª Ed., Londres, William Heinemann, 1963

JACOMINO, SÉRGIO, *Vésperas do Notariado Brasileiro: Um passeio histórico às fontes medievais*, in, *RDI* (53) (2002)

KUNKEL, WOLFGANG, *Historia del Derecho Romano*, 9a Ed., Barcelina, Editorial Ariel Derecho, 1994

LAGO, IVAN JACOPETTI DO,, *História do Registro de Imóveis*, 1.ª Ed., São Paulo, RT, 2020

LEROUXEL, FRANÇOIS, *Le marché du crédit privé, la bibliothèque des acquets et les tâches publiques en Egypte Romaine*, in *Annales. Histoire, Sciences Sociales* (67) (2021)

LUZZATI, IPOLLITO ISRAELE, *Della Trascrizione — Commento teorico-pratico al titolo XXII, libro III del codice civile italiano*, vol. I, 4.ª Ed., Turim, UTET, 1905

MARESCH, KLAUS, *Die Bibliotheke Enkteseon im römischen Ägypten — Überlegungen zur Funktion zentraler Besitzarchive*, in, *Archiv für Papyrusforschung und verwandte Gebiete* (48) (2002)

MODRZEJEWSKI, JOSEPH MÉLÈZE, *Édit du Préfet d'Egypte Marcus Mettius Ruffus sur la Publicité Foncière*, in, *Les lois des Romains*, 7.ª Ed, Napoli, Jovene, 1977

MOMMSEN, THEODORE, *A History of Rome under the emperors* Londres, Routledge, 1996

NASCENTES, ANTENOR, *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*, vol. I, 1.ª Ed., Rio de Janeiro, Jornal Do Commercio, 1955, V

OTERO, LINO RODRIGUEZ, *La gestación del sistema registral alemán: Crítica y diferencias com em nuestro*, 1.ª Ed., Madri, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2012

PEACOCK, DAVID, *The Roman Period (30 BC — AD 395)*, in *The Oxford History of Ancient Egypt*, 2.ª Ed., Oxford, Oxford University Press, 2003

PLÍNIO, O VELHO, *Naturalis Historia*, L. II, Capítulo VI

PUGLIATTI, SALVATORE, *La Trascrizione*, vol. I, 1.ª Ed., Milão, Giuffrè, 1957

ROWLANDSON, JANE, *P. Oxy. XLII 3047, VII 1044, and the land tax in kind*, in, *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik (67) (1987)*

RUGGIERO, ROBERTO DE, *Le Prime Illustrazioni Della Cosidetta "Petizione di Dionysia"*, in, *Bullettino Dell'Istituto di Diritto Romano* (13) (1900)

RUPPRECHT, HANS ALBERT, *Greek Law In Foreign Surroundings: Continuity and Development*, in, *The Cambridge Companion to ancient Greek Law*, 1a Ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2005

SCULLARD, HOWARD HAYES, *From the Gracchi to Nero — A History of Rome from 133 B.C. to A.D. 68*, Abingdon, Routledge, 2011

VERHAGEN, HENDRIK, *Secured Transactions in Classical Roman Law*, in, *Roman Law and Economics*, vol. II, 1a Ed., Oxford, Oxford University Press, 2020

GESTLEGAL

O CONTRATO DE BARTER E AS CÉDULAS DE PRODUTO RURAL

IZAÍAS GOMES FERRO JÚNIOR (*)

RESUMO: O PRESENTE TRABALHO ESTUDA AS CÉDULAS DE PRODUTO RURAL COMO INSTRUMENTO DE BARTER. INICIA COM UM BREVE HISTÓRICO DO COMÉRCIO, DOS CONTRATOS, EM ESPECIAL DE PERMUTA, PARA EM SEGUIDA ADENTRAR AOS TÍTULOS DE CRÉDITO EMBASANDO O OBJETO CENTRAL DESTE PAPER, A CÉDULA DE PRODUTO RURAL. A TIPIFICAÇÃO DO CONTRATO DE BARTER FOI VISTA PARA ADENTRAR NA TRANSVERSALIDADE DO TÍTULO DE CRÉDITO E SUAS GARANTIAS REAIS REGISTRÁVEIS NAS RESPECTIVAS SERVENTIAS REGISTRAIS, IMOBILIÁRIAS E DE TÍTULO E DOCUMENTO, SEU FUNCIONAMENTO. ABORDOUSE IGUALMENTE A LEI 13.986/2020, IMPORTANTE PARA A ATUAL SITUAÇÃO JURÍDICA DESTE TÍTULO DE CRÉDITO.

PALAVRAS CHAVES: CÉDULA DE PRODUTO RURAL — BARTER — REGISTRO DAS GARANTIAS REAIS.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. BREVE HISTÓRICO DO COMÉRCIO. 3. NOÇÕES GERAIS DE CONTRATO. 3.1. A PERMUTA. 4. TÍTULOS DE CRÉDITO — NOÇÕES PROPEDÊUTICAS. 5. CÉDULA DE PRODUTO RURAL: 5.1 — A LEI DO AGRO; 5.2 — A CONSOLIDAÇÃO DOS TÍTULOS DE CRÉDITO ELETRÔNICOS (ESCRITURAIS) DO AGRONEGÓCIO. 6. CONTRATO DE BARTER: 6.1. COMO FUNCIONA O BARTER: 6.2. CARACTERÍSTICAS DO BARTER: 6.3. VANTAGENS E DESVANTAGENS DA TROCA: 6.3.1. AS VANTAGENS. 6.3.2 DESVANTAGENS. 7. AS GARANTIAS REAIS NAS CÉDULAS DE PRODUTO RURAL: 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo, provocar e convocar o leitor a fazer uma análise do contrato de *barter* [1]. Assemelhado a troca ou permuta, perceberá o leitor que é uma espécie peculiar de permuta [2], e sua

(*) Oficial de Registros Públicos em Pirapozinho/SP. Mestre em Direito pela Escola Paulista de Direito — EPD. Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo — FADISP.

(1) Este trabalho tratará o contrato de ***Barter***, inicialmente, como um contrato de permuta. A respeito da permuta, Flávio Tartuce assim a define: "O contrato de troca, permuta ou escambo é aquele pelo qual as partes se obrigam a dar uma coisa por outra que não seja dinheiro. Operam-se, ao mesmo tempo, duas vendas, servindo as coisas trocadas para uma compensação recíproca.", FLÁVIO TARTUCE, *Direito Civil — Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*, Vol 3, 14.ª Ed. Revisada, atualizada e ampliada, Ed. Forense, 2019, p. 485.

(2) As partes contratantes utilizar-se-ão da permuta, a forma contratual mais antiga de que se tem notícia. Não se trata aqui de uma permuta nos moldes

GESTLEGAL

natureza jurídica tem o mesmo núcleo jurídico do contrato de permuta [3]. No mínimo questionar o texto, ou porque não, criticar a ótica levantada por este autor. Sem embargo, um pequeno histórico do comércio serve como introdução ao tema, e algumas noções de títulos de crédito serão estudadas na sequência. A cédula de produto rural será enfatizada, pois o contrato de *barter* será analisado sob a ótica mercadológica.

2. BREVE HISTÓRICO DO COMÉRCIO

A permuta antecedeu à venda. Não havia moeda comum como padrão monetário entre as comunidades, portanto, seria mais natural a barganha de uma coisa por outra coisa do que sua alienação mediante a participação de um denominador-comum de valores. O termo *Pecus* origina-se do latim que significa "gado" [4]. A palavra *pecunia* era utilizada para designar dinheiro na antiguidade ocidental.

O ser humano aprendeu a efetuar trocas desde a Pré-história. A produção agropastoril excedente de sua comunidade era de difícil estocagem, portanto, a troca por outros produtos, que aquela comunidade não possuía, (ou mesmo não possuía em quantidade suficiente) era objeto de troca. Se um grupo tinha sorte com as colheitas e conseguia obter mais produtos agropastoris do que precisava para se alimentar, podia procurar a comunidade vizinha para trocar eventuais sobras por coisas que, na altura, lhe faziam falta (reses, sementes, produtos acabados, ferramentas, etc.) [5]. Com a transformação do excedente do

---

tradicionais, haja vista que um dos bens a ser permutado não possui existência no momento da contratação. Existirá apenas após a colheita, ou seja, no futuro.

[3] "A troca, permuta ou escambo foi o primeiro contrato utilizado pelos povos primitivos, quando não conhecido valor fiduciário ou moeda". Silvio Salvo Venosa, *Direito Civil — Contratos em espécie*, Vol 3, 11.ª Ed, Atlas, 2011, p 89.

[4] Vem do latim pecus, "gado", o mesmo radical que produziu pecuária. Antes da instituição do dinheiro como elemento de troca, a fortuna de alguém era avaliada pelo número de bois, ovelhas, cabras ou porcos que possuía; chamava-se de pecunia essa riqueza medida em cabeças de gado. https://www.dicionarioetimologico.com.br/pecuniario/#:~:text=Origem%20da%20palavra%20pecuni%EF%BF%BDrio%20Vem%20do%20latim%20pecus%2C,pecunia%20essa%20riqueza%20medida%20em%20cabe%C3%A7as%20de%20gado. Acesso em 10 out 2021.

[5] https://www.bcb.gov.br/htms/origevol.asp?frame=1 acesso em 06 out 2021

produto agropastoril em mercadoria, surge um novo momento na humanidade. Inicialmente era permutado o excedente, depois o supérfluo. O homem pré-histórico passou a perceber que havia alguma vantagem em se permutar o excedente, para sua própria sobrevivência. Foi um fenômeno antropológico-econômico que trouxe ao homem pré-histórico uma mudança de comportamento em relação à natureza, pois esta lhe proporcionaria uma sobrevida [6].

Neste ponto deve-se vislumbrar os fatos históricos de acordo com o período em que inserido, atentando-se à realidade na qual a sociedade estava atrelada. Seria equivocado usar valores atuais, escolhas valorativas do Século XXI para julgar fatos ocorridos há muitos séculos. Hans Georg Gadamer traz lição importante sobre o que aqui se tenta expor:

> "Ter senso histórico é superar de modo consequente a ingenuidade natural que nos leva a julgar o passado pelas medidas supostamente evidentes de nossa vida atual, adotando a perspectiva de nossas instituições, de nossos valores e verdades adquiridos. Ter senso histórico significa pensar expressamente o horizonte histórico coextensivo à vida que vivemos e seguimos vivendo" [7].

As primeiras trocas teriam sido feitas num impulso de acaso ou por uma necessidade imediata [8]. Entretanto, aos a poucos, as pessoas perceberam que valia a pena produzir com sobras para futuras trocas do que eventualmente excedessem seu consumo. A este tipo de comércio primitivo em que não havia moeda dá-se o nome de troca direta [9].

Da pré-história à antiguidade, há crescente desenvolvimento do comércio. A origem do termo "comércio" vem do latim, *commercium*, que significa "permutação, troca, compra e venda de produtos ou valores".

---

[6] https://fr.livingeconomyadvisors.com/1151-what-is-bartering. Acesso em 10 dez 2021.

[7] Hans-Georg Gadamer, *O problema da consciência histórica*, Rio de Janeiro, FGV, 1996, p.18.

[8] https://cultura.culturamix.com/curiosidades/a-historia-do-comercio acesso em 06 set 2021

[9] https://cointimes.com.br/a-historia-do-dinheiro/ acesso em 06 set 2021

A troca voluntária de produtos e serviços por outros produtos à troca por valores, ou mesmo de valores entre si é o cerne da sociedade atual.[10]A evolução das trocas e o surgimento de um objeto como valor aceito por uma sociedade representou uma importante evolução para o desenvolvimento do *commercium*.

O ato de negociar, vender, revender, comprar algo, em síntese, são todas as relações comerciais [11]. O comércio, portanto, é uma relação social que é ínsita ao homem [12]. Túlio Ascarelli também apresenta singular raciocínio sobre a função do comércio. [13]

A partir da última fase da Idade Média [14] nas sociedades agrárias e nos pequenos centros urbanos, gradualmente se desenvolvem mercados de troca de mercadorias produzidas para revenda. Estes mercados são atualmente chamados de bolsa de mercadorias [15] [16].

---

[10] https://conhecimentocientifico.r7.com/comercio-conceito-onde-surgiu-como-se-desenvolveu-e-atualidades/ acesso em 06 set 2021.

[11] https://www.historiadomundo.com.br/fenicia/economia-fenicia.htm acesso em 06 out 2021.

[12] Para Waldírio Bulgarelli havia na antiguidade "existência das relações de troca entre os povos da época: troianos, egípcios, cretenses, sírios, fenícios, cartaginenses e babilônicos." WALDÍRIO BULGARELLI, *Direito Comercial*, São Paulo, Atlas, 2001.

[13] Túlio Ascarelli apresenta singular raciocínio sobre a função do comércio, assim esclarecendo: "... a função do comércio é, porém, atender às necessidades de numerosos consumidores, trazendo dos lugares mais diversos os bens eu melhor satisfaçam essas necessidades; obtendo a diminuição das despesas mediante a aquisição e o transporte de grandes partidas de mercadorias, de cada vez, sugerindo, eventualmente a produção de bens que possam ser mais bem aceitos pelo mercado. Tudo isso, que um consumidor isolado não poderia fazer, o comerciante faz." TULIO ASCARELLI, *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, São Paulo, Saraiva, 1969, p.11.

[14] A idade Média ocorreu entre os anos de 476, até 1.453, dC.

[15] Com a expansão do comércio internacional no fim da Idade Média, surgiram, nos séculos XV e XVI, grandes corporações de comerciantes e banqueiros que criaram as primeiras Bolsas propriamente ditas: a de Bruges (1487), a de Antuérpia e a de Amsterdã (1561), as de Lyon, Bordeaux e Marselha (1595), a de Paris (1639). Essas Bolsas tiveram influência no extraordinário crescimento do capitalismo comercial dos séculos XVI e XVII. Na atualidade, as mais importantes bolsas de mercadorias do mundo são as de Chicago, Nova York e Londres; suas cotações regulam os preços de quase todo o comércio internacional. PAULO SANDRONI, *Novíssimo Dicionário de Economia — Organização e supervisão de Paulo Sandroni*, São Paulo, Editora Best Seller, 1999, p 60. http://sinus.org.br/2014/wp-content/uploads/2013/11/FMI.BMNov%C3%ADssimo-Dicion%C3%A1rio-de-Economia.pdf, acesso em 31 out 2021.

[16] Ricardo Negrão, relação ao comércio medieval, leciona: "Nesse período, o comércio, estava ligado ao comércio itinerante: o comerciante levava mercadorias de

Com o reflorescimento do comércio no Mediterrâneo, pós Século XI, surgem associações das classes produtoras (campesinos, artesãos, comerciantes etc.) principalmente contra o abuso dos senhores feudais. Cidades como Gênova, Pisa, Florença e Veneza eram, nesta época, governadas por mercadores [17]. Surge assim, um sistema econômico caracterizado pela economia artesanal e comercial, que pode ser chamada de pré-capitalismo.

Após o século XII, o desenvolvimento de mercados e feiras periódicas (com a participação de uma pluralidade de produtores/vendedores, comerciantes e compradores finais) — e a retomada do comércio a distância de bens relativamente caros ou no atacado, isto é, capazes de suportar os altos custos de administração e transporte, para determinar novos métodos organizados de produção e intermediação (através de um sistema de especialização e divisão do trabalho, entre o campo e a cidade e, acima de tudo, em centros urbanos de produção e comércio atacadista) e, consequentemente, novos métodos de pagamento, não apenas baseados na mera entrega de moedas físicas próprias ou emprestadas por outras pessoas, mas também na reputação de crédito [18] de terceiros consideraram a pessoa solvente como notoriamente possuidor de grande riqueza financeira, que subscreveu "cartas de troca" (ou "cartas de crédito") — formas reais de reconhecimento de uma dívida monetária também denominada "dinheiro de reserva" — para montantes necessários para que o *trader*/comprador

uma cidade para outra através de estradas, em caravanas, sempre em direção a feiras que ocorriam e tornavam famosas as cidades europeias." Ricardo Negrão, *Manual de Direito Comercial,* Campinas, Bookseller, 1999. p. 28-29.

[17] Marcelo Proni, ensina que: "A partir do século XI, com o ressurgimento das cidades (burgos) e do comércio inter-regional, as relações sociais que davam coerência e continuidade ao antigo modo de vida feudal começaram a ser tensionadas. Não obstante, o capitalismo só emergiria como um sistema econômico plenamente constituído e, o que é indissociável, como um sistema social no qual estão presentes uma burguesia industrial e um proletariado urbano, ao final do século XVIII." Marcelo Weishaupt Proni, *História do capitalismo: uma visão panorâmica*, in, http://www.cesit.net.br/cesit/images/stories/25CadernosdoCESIT.pdf, acesso em 30 out 2021.

[18] O crédito, em linhas gerais, pode ser definido com um intercâmbio no tempo e não no espaço de valores financeiros não alterando a função ou a utilidade da moeda, mas dela obtém melhores possibilidades porque permite maior circulação financeira que a própria moeda apenas faria.

final compre um ativo ou salde dívidas anteriores (sem ter que necessariamente ter ou possuir dinheiro).

O pagamento das mercadorias ocorria mediante a entrega da carta de troca (ou crédito) ao vendedor da mesma, que então teria seu crédito registrado nos livros contábeis do banqueiro comercial que emitiu uma carta; por outro lado, o comprador-comerciante permaneceu obrigado ao banqueiro-comerciante a pagar o montante nominal emprestado aumentado por juros — proporcional à duração do empréstimo como compensação pelo risco suportados pelo credor.

Entre os séculos XI e XIII, ocorreram novas formas de produção e troca de mercadorias, em conexão com a retomada do tráfego mercantil em uma escala muito mais ampla do que no passado recente, a expansão das cidades — com a população de artesãos e pequenos comerciantes independentes — e o declínio paralelo da economia feudal. Enquanto entre os séculos XII e XIV, a expansão do espaço comercial se originou em virtude das conexões marítimas entre o norte da Europa e a bacia do Mediterrâneo, no período de 1.450 a 1.650 (o chamado "longo século XVI") [19] a economia europeia organizou-se em escala global, com um tráfego forte — do Extremo Oriente à Europa e vice-versa — de vários tipos de mercadorias.[20]É o chamado "sistema mercantil pré-capitalista" (ou de "capitalismo mercantil"), nas lições de Luiz Carlos Bresser Pereira [21], com referência ao forte desenvolvimento da economia de produção de bens nas cidades que é gerada em toda a Europa na Baixa Idade Média [22] acompanhando o intenso processo de urbanização de parte da população do campo, em busca de perspectivas de vida mais livres e melhores do que o servil

[19] Rosangela de Lima Vieira, *Uma Análise da História do Brasil pela Economia Política dos Sistemas-Mundo*, in, https://www.redalyc.org/jatsRepo/5142/514253832001/html/index.html acesso em 31 out 2021.

[20] Celso Furtado, *Formação Econômica do Brasil*, in: https://docente.ifrn.edu.br/eduardojanser/disciplinas/economia-brasileira-comex/livro-formacao-economica-do-brasil-celso-furtado, acesso em 31 out 2021.

[21] Luiz Carlos Bresser-Pereira, *As duas fases da história e as fases do capitalismo*, In: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8081/TD%20278%20-%20Luiz%20Carlos%20Bresser%20Pereira.pdf. Acesso em 30 out 2021. p, 10.

[22] Baixa Idade Média compreende a data entre os séculos XI e XV.

que lhes é concedido no sistema agrícola feudal. Bresser-Pereira ainda deixa a seguinte lição:

> "A rigor só existem duas fases da história humana: uma fase pré-capitalista, na qual se sucederam e coexistiram a comunidade primitiva, os impérios antigos escravistas, o feudalismo, as sociedades aristocráticas letradas do absolutismo, e a fase capitalista" [23] [24]

É assim que a atividade bancária [25] é integrada para completar e complementar a atividade mercantil de longo alcance. Com essa atividade, o tema da confiança nas relações econômicas, ou da confiabilidade

---

[23] Luiz Carlos Bresser-Pereira, *As duas fases da história e as fases do capitalismo,* In: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8081/TD%20278%20-%20Luiz%20Carlos%20Bresser%20Pereira.pdf. Acesso em 29 out 2021. p, 7.

[24] Hilário Franco Jr, *A Idade Média. Nascimento do Ocidente*, in: http://www.letras.ufrj.br/veralima/historia_arte/Hilario-Franco-Jr-A-Idade-Media-PDF.pdf acesso em 31 out 2021.

[25] A origem dos bancos confunde-se com a própria moeda, sobretudo quando esta começou a ser negociada em cima de bancos de madeira (daí a expressão) nos mercados da Antiguidade. Estudos arqueológicos comprovam a existência de atividades bancárias na Babilônia e na Fenícia. Tais atividades decorriam das dificuldades de transporte, que faziam com que muitos negociantes confiassem aos "banqueiros" a incumbência de efetuar pagamentos e cobranças em lugares distantes. Na Grécia, os primeiros centros bancários conhecidos (Delfos, Éfeso) estavam ligados aos templos religiosos, que funcionavam como lugares seguros para aqueles que quisessem guardar seus tesouros. A partir do século IV a.C. surgem os banqueiros laicos, chamados "trapezistas" (do grego "trapezión", que significa "banca", "mesa pequena"). Em Roma, no século II a.C., as operações bancárias eram privilégio de uma categoria de cidadãos, os publicanos, mas na época imperial surgem os "argentarii" ou "mensarii", cuja principal ocupação era o câmbio de moedas estrangeiras, mas que também aceitavam depósitos e faziam empréstimos. Na Idade Média, a atividade bancária deixou de existir até o século XI, quando ressurgiu em íntima ligação com o desenvolvimento do comércio. Judeus, lombardos e os membros da Ordem dos Templários destacaram-se na nova atividade. Os templários enriqueceram extraordinariamente o patrimônio da ordem, financiando as Cruzadas; atribui-se a eles a criação dos arbítrios de câmbio e da contabilidade por partidas dobradas. Em grandes feiras comerciais, como as de Champagne e Lyon, na França, faziam-se grandes operações de câmbio e, para evitar o transporte de volumosas somas de dinheiro, criou-se a letra de pagamento. Paulo Sandroni, *Novíssimo Dicionário de Economia — Organização e supervisão de Paulo Sandroni,* São Paulo, Editora Best Seller, 1999, p 42. http://sinus.org.br/2014/wp-content/uploads/2013/11/FMI.BMNov%C3%ADssimo-Dicion%C3%A1rio-de-Economia.pdf, acesso em 31 out 2021.

econômica dos indivíduos e, portanto, da credibilidade de suas iniciativas econômicas, começa a assumir o mero reconhecimento de posição social e riqueza possuídas. Testemunhou-se o nascimento — no final do século XVI e no início do século XVII — dos grandes bancos da cidade (o Banco di Rialto em Veneza, o novo Banco di San Giorgio em Gênova, o Banco de Amsterdã, o Banco de Hamburgo). [26]

Num salto histórico, percebe-se que no século XXI, há um desenvolvimento tecnológico sem precedentes. As formas de comércio têm sido modificadas a cada ano, e a internet tem impacto diário na vida do cidadão, que nem se percebe como é dependente da mesma, tendo-a como "produto de consumo" como qualquer outro. Comercializa-se qualquer produto ou serviço de qualquer ponto, onde haja um link de internet em qualquer lugar do planeta terra. O comércio começa a deixar de ser obrigatoriamente presencial, e cada vez mais torna-se virtual.

O comércio presencial migra para os centros de comércio fechados, os chamados "shopping centers", (os correspondentes atuais aos burgos da idade média) por inúmeros fatores sociais, como segurança e facilidade de encontrar uma multiplicidade de serviços e produtos em um único lugar, de forma que num curto tempo ainda não se perderão estas formas de comercializar, apesar de previsto que tendem a diminuir com o avanço do comércio eletrônico, virtual.

Vê-se, portanto, que o crédito e os títulos de crédito trouxeram nova alavanca ao comércio feudal, e seus efeitos perpetuam-se até o século XXI. O comércio eletrônico, virtual, baseado em compra e venda por títulos de crédito, como os "cartões de crédito" são exemplos da evolução [27] daqueles títulos que circulavam entre os burgos. [28]

Com esta noção histórica do comércio, faz-se necessário, portanto, analisar o contrato de permuta.

---

[26] Paulo Sandroni, op cit. p 42.

[27] Sobre a evolução dos cartões de crédito: https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/contabilidade/a-historia-do-cartao-de-credito-e-do-cheque/21545 acesso em 31 out 2021.

[28] Sobre os títulos de crédito circulando entre os burgos, vide: http://www.letras.ufrj.br/veralima/historia_arte/Hilario-Franco-Jr-A-Idade-Media-PDF.pdf acesso em 31 out 2021.

3. NOÇÃO GERAL DOS CONTRATOS

Contrato é um negócio jurídico bilateral, portanto, exige consentimento entre as partes. Pressupõe, por outro lado, a conformidade com a ordem legal, sem o que não teria o condão de criar direitos para o agente [29]. Sendo ato negocial, tem por escopo aqueles objetivos específicos previamente avençados. Com a pacificidade da doutrina, Caio Mário o conceitua como *"um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos"* [30].

Flavio Tartuce, amparado na legislação civilista italiana, o conceitua como um "negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa a criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial" [31]. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald após investigação sociológica sobre o tema citando Enzo Roppo, acreditam que o contrato "é a veste jurídico-formal das operações econômicas". A seguir os autores o conceituam como "todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos pelas partes, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pelo sistema jurídico que sobre ele incide" [32].

A troca ou permuta insere-se neste contexto e como típico contrato será objeto de análise pormenorizada a seguir.

3.1. A Permuta

Historicamente, a *permuta* ou *troca* [33] foi o primeiro contrato, e a bem dizer o primeiro passo na escala dos valores jurídicos, porque

---

[29] Clóvis Beviláqua, citado por Carlos Roberto Gonçalves afirma que o contrato é comumente conceituado de forma sucinta, como o "acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar e extinguir direitos". Carlos Roberto Gonçalves, *Direito Civil Brasileiro — Contratos e Atos Unilaterais,* Vol 3, 12.ª Ed. 2015, p 22.

[30] Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil, vol.* III, Rio de Janeiro: Forense, 11.ª Ed. 1994,

[31] Flávio Tartuce, *Direito Civil. Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*, Vol 3, São Paulo, Ed Método, 2011, p. 34.

[32] Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald, *Curso de Direito Civil. Direito dos Contratos. Vol.* 4. 2.ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2012, p. 59

[33] São sinônimos para permuta, o escambo, barganha, berganha, permutação, câmbio, comutação entre outros termos não tão conhecidos no meio jurídico.

GESTLEGAL

traduz a aceitação da ideia de compreensão, substituindo a de apreensão, ou seja, o significado de que o homem passou da fase em que obtinha pela força os bens e as utilidades necessárias, a uma outra em que elegeu como técnica de obtenção o entendimento recíproco. O germe dos contratos foi chamado pelos romanos de *pactum permutandi*. É o contrato mais singelo, que os povos primitivos praticavam. Seu mecanismo consiste na entrega de uma coisa por outra objetivando a prestação de cada um dos contratantes uma coisa em espécie.

Antecedeu à compra e venda, pois esta só existiu após a invenção (e aceitação) da moeda. Pressupôs um certo teor de abstração na relação jurídica, pois que esta somente foi possível quando se encontrou um valor-paradigma para elemento de troca — o sal, o gado, o metal, e muito posteriormente, a moeda cunhada. Hoje em dia a permuta é contrato muito casual frente a compra e venda, mas não por isto menos importante. Atualmente, a compra e venda é o contrato do dia-a-dia, enquanto a permuta é contrato esporádico. Novamente, nos valendo dos ensinamentos de Farias e Rosenvald, estes definem a permuta como a relação transacional pela qual cada uma das partes se obriga a entregar um bem para receber outro, que será entregue pela contra parte, sem envolver moeda (dinheiro), como objeto [34]. Tendo em vista os seus elementos, pode definir-se a *permuta como o contrato mediante o qual uma das partes se obriga a transferir à outra um bem, recebendo em contraprestação coisa diversa, diferente de dinheiro.*

Seus caracteres jurídicos são os mesmos da compra e venda. É contrato bilateral, oneroso, comutativo (por excelência), translatício do domínio, consensual via de regra, e só por exceção solene, quando bem imóvel acima de 30 salários-mínimos (art. 108 do Código Civil de 2002). Neste contrato haverá dois bens, no mínimo, um de cada parte.

Quando uma das partes faz a reposição parcial em dinheiro, a troca não se transforma em compra e venda, exceto se o valor pecuniário for maior que a metade do pagamento.

A permuta pode envolver coisas distintas, como trocar um bem móvel por um imóvel, dois imóveis por um móvel, bem corpóreo por

[34] Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald, *Curso de Direito Civil. Direito dos Contratos. Vol.* 4. 2.ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2012, p. 667.

bem corpóreo, bem corpóreo por bem incorpóreo. Pode envolver coisas futuras, como será visto a frente, a permuta de fertilizantes, maquinário agrícola, sementes para plantação, por sacos de grãos, ou toneladas de determinada *comoditie*. A extensão econômica da permuta tem mais amplitude e praticamente todas as coisas *in commercio*, podem ser permutadas [35].

O contrato de compra e venda baliza o contrato de permuta [36]. As permutas podem parecer muito desiguais, e não serem. Ou mesmo parecerem iguais e podem ensejar até mesmo "Lavagem de Dinheiro". Atualmente com a atuação dos registradores e notários, auxiliando o COAF [37] percebe-se junto as serventias registrais e notariais operações com vultosas quantias, onde esporadicamente disfarçadas de permuta, são realizadas com valores desiguais, e ensejando possibilidade de informação junto ao citado órgão. Na serventia registral onde este autor atua como Oficial Registrador Imobiliário [38], percebe-se isto, pois é ínfima a quantidade de permutas registradas, que nos anos de 2019, 2020 e 2021 foram apenas 0,25% do total de transmissões onerosas. Realizada a permuta com valores desiguais, a consequência não será a reposição do valor, mas sim a anulabilidade do negócio.

Após este breve estudo sobre a permuta, para se atender o objeto deste trabalho, será necessário dar continuidade, estudando os títulos de crédito, antes de efetivamente se estudar o contrato de ***barter***.

4. TÍTULOS DE CRÉDITO. NOÇÕES PROPEDÊUTICAS

Em sua concepção mais ampla, o crédito pode ser definido como uma ampliação da troca ou escambo, ou seja, como uma ferramenta

[35] O artigo 221 do Código Comercial Brasileiro de 1850 já previa que "tudo que pode ser vendido pode ser trocado".

[36] Código Civil Brasileiro, art. 533.

[37] COAF é a sigla do Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Este é uma unidade de inteligência financeira do governo federal que atua principalmente na prevenção e no combate à lavagem de dinheiro (crime que consiste na prática de disfarçar dinheiro de origem ilícita). Atua igualmente na prevenção do financiamento ao terrorismo.

[38] Oficial de Registro de Imóveis, Registro Civil das Pessoas Naturais e Jurídicas e de Títulos e Documentos da Comarca de Pirapozinho/SP. Dados obtidos junto ao sistema informatizado da Serventia.

GESTLEGAL

para multiplicar trocas sendo muito mais amplo sua aplicabilidade para criar recursos que a própria moeda circulante [39]. O crédito é o oxigênio indispensável ao exercício da atividade econômica. É um alargamento da troca. A troca no tempo, em lugar de ser no espaço, e permissão para se utilizar o capital alheio.

A palavra crédito deriva do latim *creditum*. A origem de *creditum* vem de *credere*, que em tradução livre seria confiança, fé.[40]O credor, portanto, tem confiança que o devedor lhe restituirá o que recebeu em empréstimo.

Houve naquela época, fim da idade média, a passagem de uma economia fundiária eminentemente agrária, para uma estrutura preeminente de tutela de segurança jurídica dinâmica, avança-se na circulação da riqueza, e os moldes Romanos onde o sistema reclamava a posse prolongada para usucapir, por exemplo, para nova situação equivalente a "usucapião de tempo zero" pela legitimação de posse de um documento translativo de crédito, com circulação aceita socialmente, foi o impulso necessário para o crescimento econômico da sociedade à época.

Desde aquela época, e porque não dizer, hoje em dia, por uma concepção mais limitada, o título de crédito, seria uma operação com a qual o proprietário de um bem (credor) cede a propriedade (de determinado valor, crédito, bens) para outra pessoa (devedor) em troca de uma contraprestação diferida de natureza pecuniária. O termo "crédito", portanto, deriva precisamente da crença (confiança, crença) do proprietário do ativo que o devedor cumprirá por conta própria obrigação. [41]

Luiz Emygdio da Rosa Júnior, em sua obra, "Títulos de Crédito" [42], apresenta cinco conceitos econômicos de crédito: *a)* crédito é a troca no tempo e não no espaço (Charles Guide); *b)* crédito é a permissão de usar capital alheio (Stuart Mill); *c)* crédito é o saque contra o futuro;

---

[39] https://amandamizoguchi.jusbrasil.com.br/artigos/181183621/teoria-geral-dos-titulos-de-credito-origem-historica-definicao-e-caracteristicas-essenciais acesso em 29 out 2021.

[40] Luiz Emygdio Franco da Rosa Júnior, *Títulos de Crédito*, 3.ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 3.

[41] https://jus.com.br/artigos/32014/dos-institutos-garantidores-de-pagamento-e-a-origem-e-evolucao-dos-titulos-de-credito acesso em 29 out 2021.

[42] Luiz Emygdio Franco da Rosa Júnior, op cit. p. 1-2.

d) crédito confere poder de compra a quem não dispõe de recursos para realizá-lo (Werner Sombart); *e)* crédito é a troca de prestação atual por prestação futura.

A prestação do credor pode ser constituída exatamente pelo ativo que o devedor deseja ou (mais frequentemente) de algo com o qual ele possa obtê-lo, ou seja, um bem disponível líquido ou facilmente conversível em dinheiro. Nesse sentido, o bem conversível líquido por excelência é a moeda corrente do país, cujo poder de compra é imediatamente utilizável. Menor grau de liquidez há em outros "créditos" ou "bens", cuja conversão em dinheiro requer mais ou menos tempo e não sem risco; entre eles, em ordem decrescente de facilidade de monetização, títulos de dívida pública, recebíveis de terceiros (títulos de crédito entre particulares), empréstimos e ativos a prazo [43].

Nas palavras de Maria José Villaça, liquidez é:

> "...é uma questão de grau que se aplica a todos os ativos negociáveis ou àqueles sôbre os quais os indivíduos têm o direito de propriedade e dêles podem dispor, transformando-os em caixa. A liquidez seria, pois, a propriedade de um ativo, governada pela relação entre o tempo e o preço alcançado, considerando-o livre de todos os custos decorrentes da venda. O seu preço total seria o conseguido após um dado período de tempo, uma vez que certas medidas fossem tomadas no preparo de sua venda. Quanto menor o espaço de tempo decorrido, uma vez admitido um período ótimo para se alcançar o preço total, quando certas medidas são tomadas no preparo da venda, menor será a contrapartida conseguida na troca." [44].

As primeiras formas de crédito, consistiam principalmente em contratos de empréstimos pecuniários e de câmbio [45]; outros instrumentos de crédito são gradualmente adicionados. Sob o estímulo de

[43] MARIA JOSÉ VILLAÇA, *O Conceito de Liquidez*, in, Rev. Adm Empres, Vol. 9, N. 1, 1969, em, http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75901969000100002, acesso em 31 out 2021.

[44] MARIA JOSÉ VILLAÇA, *ibidem*.

[45] https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/legado?url=https:%2F%2Fwww.bcb.gov.br%2Fhtms%2Forigevol.asp

diferentes necessidades, os operadores do mercado de capitais (desde a idade média) tendem a experimentar novas operações de crédito, cuja difusão está ligada à sua disciplina jurídica e a segurança que possa dar ao credor em ter algum lucro com o "bem" emprestado. Para que novas formas de crédito sejam adotadas em larga escala, elas devem ter uma fisionomia definida por lei; no entanto, esse processo é muito longo, porque a configuração de novos institutos de crédito não pode se limitar a eventuais evoluções legislativas. O mercado é ágil e resolve sempre a frente do direito seus "problemas" [46]. A legislação sempre corrige eventuais falhas ou abusos do mercado. Tem sido assim desde a idade média.

Para reconstruir as fases do crédito desde sua origem deve-se voltar aos séculos XII-XIII, quando a palavra *cambium* se designa e entende-se por troca de dinheiro [47]. Uma primeira forma é mais apropriadamente chamada cambium manual, é exercida pelo cambista e consiste em receber um determinado tipo de moeda cedendo ao mesmo tempo, em outra espécie. A segunda forma de cambio é a do contrato (com o mesmo nome, cambio) que para distingui-lo do anterior é chamado de "títulos de crédito" ou "letras".

Tulio Ascarelli leciona que "sem os títulos de crédito a vida econômica moderna seria incompreensível" [48]. A "letra" constitui, inicialmente, um complemento simples ao contrato (que na verdade geralmente não o faz menção) e contém apenas a ordem de pagamento endereçada pelo devedor a seu próprio credor. Com o tempo, a execução material da troca (ou seja, a documento escrito com a ordem de pagar ao credor, sua apresentação ao devedor e o pagamento do dinheiro por este) acaba sendo consagrado em um único documento autônomo que consiste no próprio título de crédito.

Com esta breve introdução ao nascimento do crédito e de seu instrumento mais usual na Idade Média, em grande salto histórico adentrar-se-á

---

[46] https://www.investidor.gov.br/menu/Menu_Academico/O_Mercado_de_valores_mobiliarios_brasileiro/ Historia_Mercado-Capitais.html

[47] Nial Fergusson, *A Ascenção do Dinheiro — A História Financeira do Mundo*, Trad. Cordélia Magalhães. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2009, p. 10.

[48] Tulio Ascarelli, *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, Trad. Nicolau Nazo. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1943, p. 3

a breve estudo somente da **Cédula de Produto Rural**, pois esta é o título de crédito que mais utilizados como típicas operações de ***BARTER***.

5. A CÉDULA DE PRODUTO RURAL — CPR

Em 1994 a Lei 8.929, de 22 de agosto, institui a Cédula de Produto Rural (CPR). Seu objetivo inicial foi incentivar a concessão aos produtores rurais por entidades privadas, principalmente por parte das instituições bancárias particulares e entidades que industrializam os bens dos produtores rurais. O artigo 1.º da Lei define a Cédula de Crédito Rural como sendo "representativa de promessa de entrega de produtos rurais [49], com ou sem garantia cedularmente constituída". Muito bem elaborada, a Lei em seu artigo 2.º disciplina a legitimidade para emissão de CPR, ou seja, será o produtor rural e suas associações, inclusive cooperativas. As cooperativas já a emitiam de forma livre, antes da edição da Lei da CPR, porém fez-se necessário regulamentar esta forma de permuta entre cooperados e cooperativas, para que não houvesse prejuízo a qualquer das partes.

---

[49] A clássica diferenciação entre frutos e produtos consiste que os primeiros são renováveis, ou seja, não se esgotam se explorados com reposição pelo homem, enquanto os segundos são esgotáveis. Fruto é aquilo que é produzido pela natureza (vegetal, animal etc.) e resultado de qualquer atividade humana, quer física ou mental, como a colheita de safra, ou fruto da imaginação, quando externado. Produtos são bens acessórios que saem da coisa principal, diminuindo a substância principal, ou seja, sendo retirado, não se renova. Já o termo rural é definido como pertencente ou relativo ao, ou próprio do campo. Vê-se que a CPR usa o termo "produto", ou seja, tem fonte esgotável, como o produto de uma mina, como exploração de ferro, manganês, etc., mas o parágrafo 2.º do artigo 1.º da Lei tem a seguinte redação: §2.º Para os efeitos desta Lei, **produtos rurais** (grifo do autor) são aqueles obtidos nas atividades: I — agrícola, pecuária, de floresta plantada e de pesca e aquicultura, seus derivados, subprodutos e resíduos de valor econômico, inclusive quando submetidos a beneficiamento ou a primeira industrialização; II — relacionadas à conservação de florestas nativas e dos respectivos biomas e ao manejo de florestas nativas no âmbito do programa de concessão de florestas públicas, ou obtidos em outras atividades florestais que vierem a ser definidas pelo Poder Executivo como ambientalmente sustentáveis.

Estes dois incisos referem-se a frutos, pela dicção legal, entretanto, este estudo não se aprofundará neste aspecto, deixando o termo "produto rural" utilizado pela Lei como aceitável, mas o termo correto seria "fruto rural". Entretanto, se abrangesse exploração de produtos, esgotáveis, não renováveis, como minérios, petróleo etc., estaria perfeitamente correto, mas desta feita, não seria propriamente classificado como "rural".

GESTLEGAL

O artigo 4.º, em sua redação original, determinava a amplitude deste título de crédito, como sendo um título líquido e certo, exigível pela quantidade e qualidade de produto nela previsto, e o artigo 10, determina que se aplique ao título, no que forem cabíveis, as normas de direito cambial. A Lei incluiu o armazenamento, o beneficiamento e a industrialização dos produtos rurais dentro do seu âmbito de incidência, sem restrições quanto ao que é produzido, armazenado ou beneficiado pelo produtor rural.

Os produtores rurais [50] tem como moeda corrente, não a unidade monetária vigente (o Real), mas sim seus produtos. Entre estes, exemplifica-se, o gado, em pé ou arroba de gado, sacas de soja, de milho, arroz, feijão, toneladas de açúcar etc. O produtor rural conhece sua propriedade, geralmente, quanto produz (sem quebra de safra por alguma intempérie) e para ele assumir uma obrigação de entregar tantas toneladas de açúcar, tantas reses ou arrobas de boi, é fato comum, corriqueiro. O valor destes produtos, alteram-se no mercado, advindo da cotação destes frutos no mercado interno ou externo. A quantidade do que é produzido também se altera, em face de fatores climáticos, transporte, armazenamento, etc., entretanto, a quantidade produzida em mais previsibilidade pelo produtor rural com sua experiência, que o preço desta num mercado futuro.

O mercado de transação de produtos (ou frutos) rurais já operava neste tipo de transação, ou seja, pagamento em produto rural, normalmente às cooperativas rurais, onde o produtor já era um dos cooperados. Neste cenário, surgiu a Cédula de Produto Rural — CPR, enquanto título representativo de promessa de entrega de produtos rurais, que, com o transcorrer dos anos, transformou-se em um dos principais instrumentos de financiamento dos produtos rurais. Há poucas decisões judiciais sobre este modelo de negócio, pois entende-se como situação consolidada no meio "rural" e amplamente difundida, demonstrando a maturidade do instituto [51].

---

[50] Novamente vê-se a confusão semântica, ou seja, relativa ao "componente do sentido da palavra e da interpretação", talvez seja o termo utilizado para os "produtores rurais", correta, pois é amplamente aceito, e desta forma, porque não se utilizar o termo "produtores rurais" e "produto rural"?

[51] "A cédula de produto rural (Lei n. 8.929/1994), pela qual o produtor rural promete entregar seu produto ao credor ou à sua ordem no local e nas condições nela estabelecidas, por sua natureza, exige prévia notificação do devedor em caso

5.1. A Lei do Agro

Em 09 de abril de 2020, foi sancionada a Lei do Agro — Lei 13.986/2020. Esta Lei é fruto da conversão da Medida Provisória 897/2019, com muitas alterações durante o trâmite legislativo. Criou dois tipos de garantia para as operações de crédito rural, o Fundo Garantidor Solidário — FGS (A MP 897 o denominava Fundo de Aval Fraterno, que tinha praticamente a mesma redação da Lei publicada) e o Patrimônio Rural em Afetação (PRA). Institui um novo título de crédito, a Cédula Imobiliária Rural (CIR). Trouxe ainda alterações para a Cédula de Produto Rural (CPR), o Certificado de Depósito Agropecuário (CDA), o Warrant Agropecuário (WA), o Certificado de Direitos Creditórios do Agronegócio (CDCA), a Letra de Crédito do Agronegócio (LCA) e o Certificado de Recebíveis do Agronegócio (CRA), a Cédula de Crédito Rural, a Nota Promissória Rural e a Duplicata Rural, só para citar as alterações mais relevantes.

No que interessa ao estudo, a Lei do Agro altera a Lei 8.929/1994 (CPR) e da nova redação à mesma que passou a ser exigível não só pela quantidade e qualidade de produto nela previstas, como também, no caso de liquidação financeira, pelo valor nela previsto, inclusive com a possibilidade de pagamento pecuniário de forma parcelada (art. 4.º, caput e parágrafo único, da Lei 8.929/1994).

Conforme a parte final do parágrafo único do art. 7.º da Lei do Agro, o PRA poderá servir de garantia para emissão de Cédula de Produto Rural (CPR), de que trata a Lei 8.929/1994, ou, ainda, emissão da Cédula Imobiliária Rural (CIR), título de crédito criado pela Lei 13.986/2020 (Lei do Agro).

A liquidação financeira da Cédula de Produto Rural não é novidade. A Lei 10.200/2001 já havia alterado, permitindo sua liquidação financeira. Ou seja, a possibilidade de liquidação financeira não foi objeto inovador pela Lei do Agro, pois a definição de título de crédito pela redação original de 1994, expressamente estabelecia que a CPR é título líquido e certo, exigível pela quantidade e qualidade de

---

de endosso (que deve ser completo), para se confirmar ou alterar o local da entrega" (REsp 494.052-RS, Rel. Min. Ruy Rosado, julgado em 17/6/2003).

GESTLEGAL

produto nela previsto (art. 4.º da redação original da Lei). Com a alteração legislativa pela Lei 10.200/2001, a redação passou a prever a liquidação pelo valor nela previsto, ou seja, o produtor terá a opção em pagar em produto ou liquidar financeiramente [52].

A Lei do Agro altera o artigo 4.º para redação análoga a previamente existente, conceituando a CPR como título líquido e certo, exigível pela quantidade e qualidade de produto ou pelo valor nela previsto, no caso de liquidação financeira. A inserção do Artigo 4.º-A pela Lei do Agro, praticamente reproduz o teor alterado pela Lei 10.200/2001 [53]. O parágrafo 1.º delineia a liquidação financeira da Cédula de Produto Rural, pois a trata, desta feita da possibilidade de se um verdadeiro título de crédito financeiro, e não apenas um processo de ***Barter*** [54]. Obvio que não se extinguiu o processo

[52] Art. 4.º-A. Fica permitida a liquidação financeira da CPR de que trata esta Lei, desde que observadas as seguintes condições: (Incluído pela Lei n.º 10.200, de 2001).

[53] Art. 4.º-A. A emissão de CPR com liquidação financeira deverá observar as seguintes condições: (Redação da pela Lei n.º 13.986, de 2020):

I — que sejam explicitados, em seu corpo, os referenciais necessários à clara identificação do preço ou do índice de preços, da taxa de juros, fixa ou flutuante, da atualização monetária ou da variação cambial a serem utilizados no resgate do título, bem como a instituição responsável por sua apuração ou divulgação, a praça ou o mercado de formação do preço e o nome do índice; (Redação da pela Lei n.º 13.986, de 2020.

II — que os indicadores de preço de que trata o inciso anterior sejam apurados por instituições idôneas e de credibilidade junto às partes contratantes, tenham divulgação periódica, preferencialmente diária, e ampla divulgação ou facilidade de acesso, de forma a estarem facilmente disponíveis para as partes contratantes; (Incluído pela Lei n.º 10.200, de 2001).

III — que seja caracterizada por seu nome, seguido da expressão "financeira". (Incluído pela Lei n.º 10.200, de 2001).

[54] A redação do parágrafo 1.º do Art. 4-A alterada pela Lei 10.200/2001 tinha o seguinte teor: A CPR com liquidação financeira é um título líquido e certo, exigível, na data de seu vencimento, pelo resultado da multiplicação do preço, apurado segundo os critérios previstos neste artigo, pela quantidade do produto especificado. Já a atual redação, tem o seguinte teor: §1.º A CPR com liquidação financeira é título líquido e certo, exigível, na data de seu vencimento, pelo resultado da multiplicação do preço praticado para o produto, aplicados eventuais índices de preços ou de conversão de moedas apurados segundo os critérios previstos neste artigo (grifo do autor, para enfatizar a alteração legislativa), pela quantidade do produto especificado.

de permuta, ou seja, o pagamento em mercadorias, produtos objeto da emissão da própria cédula.

O artigo Art. 5.º da Lei 8.929/1994 foi alterado e as garantias cedulares típicas da consistiam apenas na hipoteca, penhor e alienação fiduciária. Com a nova redação, pós 13.986/2020, a CPR passou a admitir a constituição de quaisquer dos tipos de garantia previstas na legislação, com a observação que "deverá ser observada o disposto nas normas que as disciplinam, salvo na hipótese de conflito, quando prevalecerá a Lei 8.929/1994".

5.2. A Consolidação dos títulos de crédito eletrônicos (escriturais) do agronegócio

A Lei 13.986/2020 introduz os chamados "títulos de crédito escriturais", que embora não sejam somente emitidos de forma eletrônica, popularizou-se entender como "Títulos de crédito eletrônicos do agronegócio". Os títulos eletrônicos deixam de ser transacionados em suporte físico (a cártula, centenariamente conhecida), e passam a ter a possibilidade de ser um arquivo eletrônico, assinado eletronicamente (com certificado digital aceito, no mínimo entre as partes), pelo emitente da cédula ao credor. A expectativa do governo, em seus estudos para publicar a lei, era que estes registros deveriam ser baseados, em pouco tempo, em registros escriturais eletrônicos, pelas instituições que passam a operar com essa nova modalidade de título de crédito. Entretanto, não é isto que ocorre quando os títulos de crédito alterados pela Lei do Agro (Cédula de Crédito Rural, de Produto Rural e Bancária), tem garantia real, pois os títulos ainda são emitidos em papel, e enviados a registro nas serventias registrais imobiliárias competentes.

Este cenário será alterado quando o, **ONR — Operador Nacional do Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis**, implementar a registrabilidade eletrônica em convênio com os operadores do mercado financeiro [55]. Os títulos de crédito desmaterializados constituirão

[55] O ONR será responsável por implementar e operar, em âmbito nacional, o Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis (SREI), na forma do artigo 76 da Lei 13.465/20179, mediante integração das unidades registrais brasileiras. In: https://www.registrodeimoveis.org.br/onr, acesso em 10 dez 2021.

GESTLEGAL

importante alternativa aos títulos de crédito cartulares, tais como as ações são transacionadas em bolsa de valores em todo o mundo. O crédito estaria seguro e sua documentação rastreada eletronicamente num sistema de controle pelo Banco Central do Brasil. A circulação dos créditos rurais desmaterializados, ou virtuais, será em breve, uma das mais importantes situações de circulação de riqueza nos países produtores de comodities.

Ressalta-se ainda que a Lei do Agro prevê que mesmo em situações que as Cédulas forem cartulares, será emitida uma ordem eletrônica "escritural" enquanto permanecer depositada em entidade autorizada pelo Banco Central, ou seja, ocorrerá a transmutação do suporte cartular para o formato eletrônico, a exemplo da CPR, com redação ao art. 3.º-A da Lei 8.929/1994. Sérgio Jacomino já explicou em Webinar sobre a diferença entre cédulas escriturais e eletrônicas, entretanto, o "mercado" as entende como sinônimas. [56]

A Lei do Agro acrescentou o parágrafo único ao art. 10 da Lei 8.929/1994, de modo a dispor que, se emitida sob a forma escritural, a transferência de titularidade da CPR produzirá os mesmos efeitos jurídicos do endosso, prevalecendo, assim, a qualidade cambial do título. A alteração, apenas para pontuar, pois não é objeto deste estudo, a Lei 13.986/2020 adequou também o Decreto-Lei 167/1967, que dispõe sobre as Cédulas de Crédito Rural, de forma que seja possível a emissão, sob a forma eletrônica, da cédula de crédito rural, da nota promissória rural, bem como da duplicata rural.

[56] Cédula escritural — emissão eletrônica. "As cédulas podem ser emitidas em formato cartular ou escritural. A forma escritural da cédula não significa que o título deva ser necessariamente emitido em formato eletrônico, embora essa seja uma prática consolidada no mercado. Serão escriturais somente os títulos de crédito que se destinam a custódia em instituições financeiras e poderão ser lavradas por escrituras públicas ou particulares." Significa dizer que toda a movimentação do título escritural é rastreada em sistemas eletrônicos de registro. Importante salientar que as CCI's escriturais, por exemplo, não são objeto de registro ou averbação no Cartório de Registro de Imóveis competente (§2.º do art. 22 da Lei 10.931/2002), embora representem uma modalidade de transmissão da propriedade fiduciária pela cessão do crédito. A indicação da "forma escritural", referida neste provimento, abrange todas as espécies — sejam elas escriturais ou não, sejam destinadas às entidades custodiantes ou não, desde que em ambos os casos sejam eletrônicas ou digitais." Fonte: Sérgio Jacomino — IRIB — NEAR LAB — WEBINAR.

O que a Lei 13.986/2020 trouxe ao "mercado financeiro" foi a expectativa do aumento de velocidade das transações rurais, pois julga que o título expedido de forma eletrônica seria muito mais transacionável, a exemplo das ações em bolsa de valores. Ela consolida os títulos de crédito eletrônicos (chamados pela Lei de escriturais) do agronegócio, tanto da Cédula de Crédito Rural, de Produto Rural de Crédito Bancário e até mesmo da Lei que dispõe sobre o Certificado de Depósito Agropecuário — CDA, o Warrant Agropecuário — WA, o Certificado de Direitos Creditórios do Agronegócio — CDCA, a Letra de Crédito do Agronegócio — LCA e o Certificado de Recebíveis do Agronegócio — CRA, previstos no Decreto-Lei 167/1967, na Lei 8.929/1994 e na Lei 11.076/2004, respectivamente, que ao permitir não apenas a transformação do suporte papel para o suporte eletrônico (escritural) no momento de sua circulação, mas também a sua criação, a sua emissão, pelo meio eletrônico.

Atualmente, a circulação dos recursos oriundos do agro-negócio em meio eletrônico, em bolsa de valores, ou em qualquer outra plataforma financeira regulamentada pelo Banco Central do Brasil é um grande atrativo para os investidores externos, pois ainda tem-se garantias reais registradas em cada serventia registral imobiliária no Brasil, o que gera segurança jurídica também ao investidor externo também.

6. CONTRATO DE *BARTER*

Barter é uma palavra de origem inglesa, traduzida para o português significa algo como "permutar". O ***Barter*** [57] é um ato de troca que envolve bens ou serviços sem o uso de dinheiro ou qualquer outro meio monetário. Em termos simples, envolve um comércio direto de mercadorias sem o uso de dinheiro, onde a troca é recíproca e o comércio é negociado de forma que cada parte obtenha o que deseja, em quantidade igual ao que oferece em troca. Quando uma economia inteira utiliza

[57] *Definition of* ***barter****: intransitive verb to trade by exchanging one commodity for another: to trade goods or services in exchange for other goods or services.* In: https://www.merriam-webster.com/dictionary/barter, Acesso em 10 dez 2021.

uma forma semelhante para fazer transações, ela estabelece um sistema completo e complexo de troca, conhecido como sistema de troca. Para entender melhor a definição de ***barter***, exemplifica-se: Sr. Fulano é um ruralista que planta soja. O Sr. Beltrano é um produtor de adubos. Num sistema de ***barter***, o Sr. Fulano pode obter uma tonelada de adubo do Sr. Beltrano em troca de algumas centenas de sacos de soja no preço, previa ou posteriormente avençado entre as partes. ***Barter***, neste caso, será a troca de insumos para produção rural normalmente adquiridos antes do plantio ou produção pecuária, para utilização, na própria produção rural, com pagamento a ser realizado posteriormente à colheita, utilizando-se como moeda, parte dos mesmos produtos colhidos [58].

As operações ***Barter*** em agronegócio é o pagamento pelo insumo através da entrega do grão na pós-colheita, sem a intermediação monetária, este é um mecanismo de financiamento de safra. Consiste na troca de insumos, como fertilizantes, sementes, defensivos, entre outros, por produtos agropecuários, como soja, milho, algodão, café, açúcar e demais após a colheita.

O serviço de *barter* é oferecido no Brasil por grandes companhias, como a CHS, FMC, Bayer, Pioneer, Monsanto, Syngenta, Cargill, Archer Daniels Midland, Adama e Bunge, em troca dos grãos que serão colhidos mais tarde.

O *barter* não se trata, portanto, de uma simples negociação de troca ou escambo, como as práticas tradicionais de mercado, uma vez que no *barter* são as operações que têm a liquidação financeira diretamente pela parte interessada nos produtos agropecuários (*offtaker* — cooperativas, *traders*, indústrias processadoras de alimentos, etc.) e que esteja com seu preço fixado, ou preço mínimo, quer previa ou posteriormente a estipulação do contrato ou emissão do título de crédito.

6.1. Como funciona o *Barter*

Como exposto anteriormente, a permuta é a mais antiga e uma das formas mais simples de comércio. A forma como o ***Barter*** funciona é bastante direta. As partes participantes negociam e trocam um

[58] Em finanças, ***swap*** (em português, 'permuta') é uma operação em que há troca de posições quanto ao risco e à rentabilidade, entre investidores. O contrato de troca pode ter como objeto moedas, commodities ou ativos financeiros.

produto valioso por outro. Geralmente, a permuta ocorre entre duas partes (troca bilateral), mas pode envolver três (troca triangular) ou mais de três partes (troca multilateral).

O procedimento de ***Barter*** envolve dupla coincidência de necessidades e avaliação mútua delas. Por exemplo, um pecuarista pode trocar seu gado por insumos agrícolas, numa cooperativa ou numa revendedora de tratores. No entanto, a quantidade ou qualidade do gado, exige que ambas as partes negociem e cheguem a uma conclusão. Essa negociação depende das necessidades e desejos das partes e do momento da negociação. No inverno, o gado pode ter preço maior, pois normalmente emagrece, enquanto no verão, seu preço, via de regra pode cair, a depender, evidentemente do mercado externo, visto que é uma ***commoditie***. No sistema de ***barter*** envolve-se comércio bilateral ou multilateral, e em muitos casos, troca recíproca imediata, o que, como dito antes, não ocorre com as Cédulas de Produto Rural.

6.2. Características do *Barter*

A análise do contrato de permuta, feito anteriormente, serve perfeitamente ao adiante explicado, de forma que resumidamente pode-se dizer que ele tem as seguintes características:

a) Troca recíproca imediata para os bens comuns. Via de regra, no mercado comum, a troca envolve a transferência quase que imediata dos bens, entre as partes. Isso significa que a negociação é feita de forma que cada parte receba o que deseja em um valor igual ao que oferece em troca.

b) Troca futura para os bens do mercado agropecuário (ou rural). No mercado rural, a exemplo do explanado sobre as Cédulas de Crédito Rural, o pagamento será a posteriori, em frutos, a ser entregue pelo produtor rural, após a colheita, ou se financeira a cédula, poderá ser pago em valores financeiros, como dinheiro, créditos, cessão de posições contratuais, etc.

c) Dupla coincidência de desejos: requer que ambas as partes queiram o que a outra parte tem a oferecer. Se alguma das partes não estiver interessada nas ofertas da outra parte, a negociação não ocorrerá.

GESTLEGAL

d) Elimina o uso de dinheiro, pois o ***barter*** é uma troca direta. Envolve a troca imediata de bens rurais futuros, por outros bens móveis (rurais, neste caso) que interessa ao primeiro.

e) Círculo de comércio limitado, pois as pessoas não querem produtos com possibilidade da qualidade ser comprometida. Portanto, o ***barter*** ocorre dentro de um círculo de pessoas de confiança. Isso atua como uma restrição ao fluxo livre de comércio entre as comunidades e localizações geográficas. Os produtores rurais, normalmente tem propriedades perto das cooperativas agrícolas, ou pecuárias.

f) Sem foco no crescimento econômico: uma economia de escambo é focada em satisfazer as necessidades essenciais dos humanos, não no crescimento econômico. Como consequência, o ritmo de modernização não seria estagnado, pela eventual escassez de meio monetário circulante.

6.3. Vantagens e desvantagens da troca [59]

Como em qualquer sistema monetário, o ***barter*** tem vantagens e desvantagens [60].

6.3.1. As Vantagens

As vantagens do sistema de ***barter*** incluem [61] [62]:

a) Simplicidade: Por mais eficiente que seja o sistema monetário atual, as complexidades intrincadas inerentes não podem ser negadas. Pelo contrário, o sistema de ***barter*** é despojado de qualquer ameaça. Envolve uma troca direta de mercadorias,

---

[59] Francis Taurand, *Le Troc em Économie Monétaire*, https://id.erudit.org/iderudit/601370ar e DOI: https://doi.org/10.7202/601370ar In: https://www.erudit.org/fr/revues/ae/1986-v62-n2-ae2711/601370ar.pdf acesso em 10 dez 2021.

[60] https://www.qudebecpreppers.com/avantages-et-inconvenients-du-troc/ acesso em 10 dez 2021.

[61] https://fr.livingeconomyadvisors.com/1151-what-is-bartering. Acesso em 10 dez 2021.

[62] https://www.migalhas.com.br/depeso/255432/barter-como-instrumento-de-financiamento-ao-agronegocio. Acesso em 10 dez 2021.

em sua acepção inicial e permuta futura na seara rural, como previsto da Lei das CPR's.

b) Segurança — proteção contra as oscilações de preço dos produtos agrícolas a serem produzidos e entregues.

c) Liquidez — como o financiamento ocorre desde a compra dos insumos até a entrega dos grãos, o agricultor não se preocupa com o refinanciamento de capital de giro.

d) Câmbio — o financiamento é feito na mesma moeda do recebimento da produção agrícola. Portanto, independentemente da oscilação do câmbio ou do preço da *commoditie* negociada durante todo o prazo entre o plantio e a safra, o agricultor receberá o seu lucro pré-determinado.

e) Taxa de juros — a operação é travada desde o início. Assim, mesmo que haja aumento nos juros, o agricultor não terá que pagar pela ascensão de eventual nova taxa.

6.3.2. Desvantagens [63]

Existem cinco desvantagens principais no processo de ***barter***:

a) Dupla coincidência de desejos. No sistema de troca, uma dupla coincidência de desejos é um pré-requisito essencial para que uma troca ocorra. A dupla coincidência se refere ao mapeamento das necessidades das pessoas. Por exemplo, uma pessoa quer adubo e está disposta a trocar seu soja por ele. Agora ele deve encontrar alguém que não apenas deseje o soja, mas também tenha adubos para a permuta. Via de regra, a permuta é dificultada atualmente, mas no sistema de cooperativismo de produtos rurais, esta desvantagem é mitigada [64].

b) Falta de medida comum de valor. Mesmo que pessoas com necessidades congruentes se encontrem, outro dilema está em

[63] https://fr.livingeconomyadvisors.com/1151-what-is-bartering, acesso em 10 dez 2021.

[64] Entretanto, convém relembrar o caso da CICA, onde julgou-se violado a boa-fé objetiva da empresa ao entregar as sementes e não adquirir a produção de tomates dos agricultores. TJRS, Apelação Cível 591.028.2915, 5.ª Câmara Cível, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Junior, julgado em 6/6/1991.

GESTLEGAL

torno da proporção em que um bem deve ou pode ser permutado por outro. O problema é resolvido de uma maneira que carece de muita reflexão. Um valor exato não pode ser atribuído ao bem em um sistema de permuta. A necessidade é a razão do negócio para ambos os contratantes.

c) Dificuldade em diferir pagamentos. As Cédulas de Produto Rural são típicos negócios jurídicos diferidos. Os pagamentos diferidos são obrigações de dívidas a serem pagas no futuro, e no caso das CPR's, frutos da colheita, ou produto pecuário. No entanto, em uma economia de permuta, a promessa de um reembolso futuro pode levar a conflitos de vários tipos. Esses conflitos podem incluir, disputas sobre a qualidade dos bens ou serviços a serem reembolsados em controvérsia sobre as mudanças no valor da mercadoria durante um período. Incapacidade de concordar sobre a natureza dos bens a serem usados no cumprimento da obrigação. A maturidade do sistema de Cédulas de Produto Rural baliza o que será entregue, quando, onde, qualidade, quantidade e outras condições "contratuais" (apesar de ser um título de crédito cambiariformes, sua confecção assemelha-se a um contrato, pelas obrigações serem muito bem descritas antecipadamente. Este tipo de emissão cedular, caracteriza-se pela formatação de operações complexas e bem aparelhadas, que normalmente são liquidadas financeiramente pela parte interessada nos produtos agropecuários, o chamado "*offtaker*" que para a segurança da operação, trava o preço das *commodities* via "*hedge*" [65] em bolsas

[65] ***Hedge*** é uma palavra inglesa que significa proteção/cobertura. Assim, hedge é um instrumento que busca proteger operações financeiras contra oscilações de preço. Ele reduz o risco de grandes variações de preço de um ativo ou commodity, por exemplo. É uma operação antiga. No século 19, no mercado de commodities de Chicago, agricultores e pecuaristas traziam os produtos para venda na cidade e queriam reduzir o risco com a oscilação de preço dos produtos. Então, eles decidiram negociar o preço antes da venda, o que hoje é chamado de operação a termo. A estratégia do Hedge consiste em assumir uma posição comprada ou vendida em um derivativo (Contratos Futuros, Opções, Termo) ou investimento, visando minimizar ou eliminar o risco de outros ativos como: commodities. moedas. ações. Em outras palavras seria uma Transação compensatória que visa a proteger um operador financeiro contra prejuízos na oscilação de preços; proteção cambial. Os principais tipos de Hedge são

de mercadorias nacionais e internacionais, contando por vezes, com a presença de uma instituição financeira apta a antecipar o pagamento de toda a operação aos compradores.

d) Indivisibilidade de Bens. Num cenário normal de permuta, a incapacidade de atrelar uma taxa de câmbio a bens de natureza indivisível passa a ser uma limitação importante do comércio de permuta. Já com as Cédulas de Produto Rural, o título emitido já delineia antecipadamente toda a operação, e deixa, neste caso, de ser uma desvantagem.

e) Sem Armazenamento de Valor. Em um sistema de permuta de bens, produtos, e mercadorias, os bens trocados são estocados e auferem valores. As *Commodities*, especialmente relacionada a itens agrícolas ou pecuários, são perecíveis por natureza. Um bom sistema de armazenamento é necessário. A qualidade dos frutos (ou "produtos" na acepção da Lei das CPR), pode se deteriorar devido à proliferação ou outros fatores ambientais se armazenados por longos períodos. *Commodities* podem ser armazenadas, mas requer espaço, gastos com manutenção, transporte, alienação no momento propício, que envolve despesas não previstas inicialmente.

As Cédulas de Produto Rural foram reguladas após o surgimento desta modalidade de "permuta", onde as Cooperativas agrícolas já praticavam com os seus cooperados, como dito antes. Apenas para pontuar, relativo ao processo empresarial, *barter* é uma estratégia comercial que visa a troca de insumos por produção com travamento de preços das *commodities* negociadas. Traduz-se, atualmente, em mecanismo muito reivindicado por produtores agrícolas em função da segurança negocial e da proteção contra oscilações cambiais ou de preço das *commodities* agrícolas produzidas e previamente negociadas.

Principais Tipos de Hedge: a) Hedge cambial. Esse tipo de hedge é o mais utilizado pelos investidores porque o dólar norte-americano é considerado uma moeda forte, isto é, ela se sobressai diante das demais e é a mais usada no mundo todo. b) Hedge natural. c) Hedge em commodities. d) Hedge em ações In: https://blog.aegro.com.br/o-que-e-hedge/ acesso em 08 nov 2021.

Normalmente, a liquidação financeira do *barter* é feita diretamente pela parte interessada nos produtos agropecuários, e como o pagamento ocorre somente a longo prazo, após a colheita e entrega dos produtos, normalmente a operação é estruturada por um banco que antecipa os recursos ao fornecedor de insumos. Após o recebimento dos grãos, as empresas que forneceram os insumos os direcionam à exportação ou à indústria, que por sua vez, quitam a operação financeira junto aos bancos. Como já dito, um dos grandes diferenciais das operações envolvendo *barter* é o travamento de preços *(hedge)*, estratégia de negociação que significa a garantia de margem de lucro para todos os envolvidos.

7. AS GARANTIAS REAIS NAS CÉDULAS DE PRODUTO RURAL

A Lei 8.929 de 1994 prevê expressamente que a Cédula de Produto Rural é "representativa de uma promessa de entrega de produtos rurais, **com ou sem** (grifo nosso) garantias cedularmente constituídas", podendo ser emitida pelo produtor rural e suas associações, inclusive cooperativas. A alteração legislativa em 2001 com o advento da Lei n.º 10.200/2001, inclui a liquidação em dinheiro, e o que originalmente era um título de crédito típico de ***barter***, desnaturou-se passou a ser de duas espécies, ou seja, a CPR de produto (fruto), instrumento de compra e venda com pagamento à vista e a CPR financeira. Esta agora é denominada CPR com liquidação financeira, pois facultou a liquidação financeira da mesma, o que significa, pagar em dinheiro ou valor monetário correspondente, desonerando o emitente de ter que entregar, invariavelmente, o produto objeto do título. Ficará a critério do emitente da cédula (devedor) entregar o produto ou pagar em valores monetários correspondentes.

A assinatura da CPR ou da CPR financeira poderá ser de forma cartular ou escritural, e neste caso, pode ser assinada com certificado digital aceitável pelas partes, emitente e credor. Esta alteração legislativa era despicienda, pois a MP 2.200-2 de 2001 já previa há 20 anos a assinatura eletrônica pelas partes [66]. Em primeira análise, o legislador

[66] BRASIL. MEDIDA PROVISÓRIA No 2.200-2, DE 24 DE AGOSTO DE 2001. Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira — ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras

não impôs um tipo de assinatura eletrônica a ser utilizada. Entretanto, os provimentos do CNJ estabelecem que os documentos enviados para registro em cartório devem ser assinados com uso de certificado digital, segundo a ICP (Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira) hoje altearada pela MP 1085. Caso haja garantia real e, consequentemente, necessidade de registro junto ao Registro Imobiliário, ou Títulos e Documentos, a Cédula deverá ser assinada com o uso do certificado. O legislador previu que na área rural normalmente as pessoas não possuem telefone celular, e-mail, e muito menos certificado digital. Portanto, as assinaturas de próprio punho são extremamente necessárias, para não parar o sistema produtivo rural.

Outro aspecto a ser pontuado neste trabalho é o fator temporal da cédula, ou seja, quando poderá ser emitida. As duas modalidades, CPR e CPR financeira, podem ser emitidas antes do plantio ou após a colheita da produção. Entretanto, não pode ser emitida de forma a burlar o sistema, ou seja, com produto não colhido, entregue, ou de valor fictício. O prazo para a liquidação da CPR é o avençado no título (art. 3.º-C, inciso V da Lei 8929/1994.

O registro da CPR era obrigatório para garantia de eficácia contra terceiros. Entretanto, com a alteração legislativa pela Lei 13.986/2020, dispensou-se o registro do título no Cartório de Registro de Imóveis do domicílio do emitente. Em contrapartida, as CPR emitidas a partir de 1.º de janeiro de 2021 deverão ser registradas ou depositadas em até 10 dias úteis da emissão ou aditamento em cartórios de registro ou depósito centralizado de ativos financeiros ou valores mobiliários, para validade e eficácia do título. As garantias, entretanto, deverão ser registradas junto a serventia registral imobiliária competente, ou seja, na comarca ou circunscrição do imóvel ofertado em garantia ou onde está apascentado o gado. Ou seja, a hipoteca, penhor rural e a alienação fiduciária sobre imóvel serão levados a registro no Serviço Registral Imobiliário em que estiverem localizados os bens dados em garantia. Estas garantas reais vinculadas à CPR ficam sujeitas a ato de REGISTRO no cartório de registro de imóveis em que estiverem localizados

providências. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas_2001/2200-2.htm. Acesso em 10 dez 2021.

os bens dados em garantia, devendo ser efetuada em três dias úteis, contados da apresentação do título.

7.1. Características principais da CPR

Este título de crédito é uma espécie de financiamento simples e padronizado pelo Banco Central do Brasil disponibilizado a todos os setores da cadeia rural produtiva. Traz agilidade, uma certa transparência pois possível pesquisar, taxa de juros específicas àquela cultura, registro das garantias em prazo de até três dias úteis em Registro de Imóveis, ou Títulos e Documentos. É instrumento simples, sem maiores exigências por parte da instituição financeira credora, acarretando segurança e uniformidade do instrumento creditório. As garantias, penhor, hipoteca e alienação fiduciária são descritas de forma simplificada e os Registros Imobiliários aceitam. O Registro nas Serventias Registrais Imobiliárias ou de Títulos e Documentos não será mais necessário para ter eficácia perante terceiros. Entretanto, esta mudança legislativa prevê a necessidade de registro das garantias, como hipoteca, alienação fiduciária em garantia e penhor rural no Cartório de Registro de Imóveis, e alienação fiduciária de bem móvel Cartório de Títulos e Documentos.

Se a CPR não previr nenhuma das garantias registráveis, o título terá validade perante terceiros, mas desta feita apenas com o depósito junto as Centrais autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Isto é uma fuga do sistema registrário brasileiro, pois o cidadão comum, procura, invariavelmente o "Cartório" para suas buscas e pesquisas imobiliárias e de direitos relativos ao imóvel de qualquer pessoa. As buscas são corriqueiras em qualquer serventia registral imobiliária do interior do Brasil, como é o caso da serventia deste autor.

A Lei do Agro instituiu uma espécie de central de depósito de títulos, prevendo que praticamente todos os títulos seriam assinados digitalmente. Esta central chamada de "entidade registradora ou depositária central" foi criada com o intuito de fiscalizar a transmissibilidade das cessões e saber os reais titulares dos direitos ali envolvidos, evidentemente com o objetivo de cobrar tributos. Lógico que a "roda da fortuna" ao girar mais rapidamente gera mais dinheiro e consequentemente mais tributo ao Estado.

A obrigatoriedade de depósito (que a Lei chama de "registro") foi escalonada. Observa-se que os prazos estão bem delimitados para ser levado a depósito. Em 1.º de julho de 2021, a obrigatoriedade de registro será estendida às CPR's com valor igual ou superior a R$ 250 mil; Em 1.º de julho de 2022, àquelas superiores a R$ 250 mil. Em 1.º de janeiro de 2024 — todas as CPRs devem ser levadas a "registro" centralizado. A questão será o custo das certidões e das baixas de gravames, muito superiores a qualquer tabela de emolumentos dos estados, chegando a custar junto a B3, o valor de R$ 1.000,00, que no estado de São Paulo custa aproximadamente R$ 60,00. Ainda não se tem notícias da extração destas certidões, talvez pelo próprio custo delas. O Banco Central, então, publicou a Resolução n.º 52/2020, que prevê que as entidades depositárias obrigam-se publicizar a terceiros mecanismo de consulta às CPR's depositadas, pela internet. Esta publicidade é restrita aos interessados "autorizados" pelo BACEN. Este autor não sabe como alguém pode se inscrever para fazer uma busca neste sistema, ou será acessível apenas a ***petit comité***. Esta situação seria perfeita para esconder do público ampla divulgação do que é transacionado, vez que estes dados não ferem direitos de personalidade, sendo meramente comerciais, portanto a ampla publicidade deveria ser acessível, a exemplo do que ocorre com todos os atos registrais junto aos Registro de Imóveis no Brasil.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade sempre está um passo à frente do sistema jurídico vigente. O modelo de negócio de ***barter*** era conhecido historicamente como explanado nos primeiros capítulos deste *paper*. Entretanto, apenas em 1994 foi regulamentado o procedimento de emissão de um título de crédito rural que evidenciasse o que já era corriqueiramente feito há tempos, ou seja, a entrega de produto rural, para quitação de uma dívida com uma entidade financeira, cooperativa, etc., que tivesse fornecido insumos, grãos, implementos agrícolas ao produtor rural.

Em 2000 o modelo de negócio evolui com a alteração da Lei 8.929/94 com a edição da Lei 10.200/2000. Foi possível liquidar

GESTLEGAL

o valor emprestado, conforme estipulado no título, pela entrega do produto **ou** valor financeiro correspondente em dinheiro. Estava criada a Cédula de Produto Rural Financeira. Apesar de desvirtuar o que se imaginava originalmente a CPR Financeira impulsionou o agronegócio e possibilitou a movimentação de maiores cifras. As cooperativas rurais que eram praticamente as únicas a operar neste sistema de ***Barter***, e detinham um certo poder junto aos ruralistas, viu a entrada de instituições financeiras na negociação de tais títulos. Os efeitos se fizeram sentir, ou seja, barateamento dos juros para o produtor rural.

A Lei do Agro tornou-se um marco importante na atualização do processo de circulação de riqueza no campo. Critica-se a forma, pois legislação para assinatura eletrônica de títulos de crédito e contratos, já era prevista, há 19 anos e um simples decreto poderia regulamentar tal situação. O estudo trazido neste paper procurou explicar as principais alterações realizadas na Cédula de Produto Rural. Não temos essa alteração como se comumente fala, modernização, mas sim, a introdução de um microssistema para estes títulos de crédito, que se espera de ampla publicidade.

Este paper iniciou com um breve histórico do comércio, pois este autor sentiu a necessidade de explanar as origens do sistema de comércio. Passou-se as noções gerais de Contrato, especificamente a permuta, que foi o objeto deste estudo. Como as Cédulas de Crédito são Títulos de Crédito, o capítulo seguinte procurou explanar brevemente sobre as mesmas, para logo em seguida estudar as Cédulas de Produto Rural, especificamente, para fazer a conexão com o contrato de ***Barter***, seu funcionamento, características, vantagens e desvantagens. Por fim abordou-se como as Cédulas de Produto Rural terão suas garantias registradas em Cartório, sem se adentrar ao seu registro propriamente dito, pois o importante, a critério deste autor é explicar a necessidade de seu registro em cada serventia adequada, Registro de Imóveis ou Registro de Títulos e Documentos.

Este estudo é inicial e não foi possível esgotar todos os aspectos necessários ao bom entendimento das Cédulas de Produto Rural, mas espera-se que instigue o leitor a buscá-los com mais profundidade, ficando este autor disponível para futuros debates sobre o assunto, que certamente renderão novos estudos.

BIBLIOGRAFIA

ASCARELLI, TULIO, *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, São Paulo, Saraiva, 1969

BRESSER-PEREIRA, LUIZ CARLOS, *As duas fases da história e as fases do capitalismo*, In: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8081/TD%20278%20-%20Luiz%20Carlos%20Bresser%20Pereira.pdf. Acesso em 30 out 2021

LUIZ CARLOS BRESSER-PEREIRA, *As duas fases da história e as fases do capitalismo*, In: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8081/TD%20278%20-%20Luiz%20Carlos%20Bresser%20Pereira.pdf. Acesso em 29 out 2021

BULGARELLI, WALDÍRIO, *Direito Comercial*, São Paulo, Atlas, 2001

FARIAS, CRISTIANO CHAVES e NELSON ROSENVALD, *Curso de Direito Civil. Direito dos Contratos. Vol.* 4. 2.ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2012

FERGUSSON, NIAL, *A Ascenção do Dinheiro — A História Financeira do Mundo*, Trad. Cordélia Magalhães. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2009

TULIO ASCARELLI, *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, Trad. Nicolau Nazo. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1943

FRANCO JR, HILÁRIO, *A Idade Média. Nascimento do Ocidente*, in: http://www.letras.ufrj.br/veralima/historia_arte/Hilario-Franco-Jr-A-Idade-Media-PDF.pdf acesso em 31 out 2021

FRANCO DA ROSA JÚNIOR, LUIZ EMYGDIO, *Títulos de Crédito*, 3.ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

FURTADO, CELSO, *Formação Econômica do Brasil*, in: https://docente.ifrn.edu.br/eduardojanser/disciplinas/economia-brasileira-comex/livro-formacao-economica-do-brasil-celso-furtado, acesso em 31 out 2021

GADAMER, HANS-GEORG, *O problema da consciência histórica*, Rio de Janeiro, FGV, 1996

GONÇALVES, CARLOS ROBERTO, *Direito Civil Brasileiro — Contratos e Atos Unilaterais*, Vol 3, 12.ª Ed. 2015

MIZOGUCHI, AMANDA NAOMI, Teoria geral dos títulos de crédito: Origem histórica, definição e características essenciais, disponível em https://amandamizoguchi.jusbrasil.com.br/artigos/181183621/teoria-geral-dos-titulos-de-credito-origem-historica-definicao-e-caracteristicas-essenciais

MARIA JOSÉ VILLAÇA, O CONCEITO DE LIQUIDEZ, IN, REV. ADM EMPRES, VOL. 9, N. 1, 1969, EM, HTTP://WWW.SCIELO.BR/SCIELO.PHP?SCRIPT=SCI_ARTTEXT&PID=S0034-75901969000100002, ACESSO EM 31 OUT 2021

NEGRÃO, RICARDO, *Manual de Direito Comercial*, Campinas, Bookseller, 1999

PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA, *Instituições de Direito Civil, vol.* III, Rio de Janeiro: Forense, 11.ª Ed. 1994

PRONI, MARCELO WEISHAUPT, *História do capitalismo: uma visão panorâmica*, in, http://www.cesit.net.br/cesit/images/stories/25CadernosdoCESIT.pdf, acesso em 30 out 2021

SANDRONI, PAULO, *Novíssimo Dicionário de Economia — Organização e supervisão de Paulo Sandroni*, São Paulo, Editora Best Seller, 1999, p 60. http://sinus.org.br/2014/wp-content/uploads/2013/11/FMI.BMNov%C3%ADssimo-Dicion%C3%A1rio-de-Economia.pdf, acesso em 31 out 2021

TARTUCE, FLÁVIO, *Direito Civil — Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*, Vol 3, 14.ª Ed. Revisada, atualizada e ampliada, Ed. Forense, 2019

TAURAND, FRANCIS, *Le Troc em Économie Monétaire*, https://id.erudit.org/iderudit/601370ar e DOI: https://doi.org/10.7202/601370ar In: https://www.erudit.org/fr/revues/ae/1986-v62-n2-ae2711/601370ar.pdf acesso em 10 dez 2021

VENOSA, SILVIO SALVO, *Direito Civil, Contratos em espécie*, Vol 3, 11.ª Ed, Atlas, 2011

VIEIRA, ROSANGELA DE LIMA, *Uma Análise da História do Brasil pela Economia Política dos Sistemas-Mundo*, in, https://www.redalyc.org/jatsRepo/5142/514253832001/html/index.html acesso em 31 out 2021

VILLAÇA, MARIA JOSÉ, "O conceito de liquidez", Rev. Adm. Emp., vol. 9, n.o 1, São Paulo, jan/mar, 1969, em www.scielo.br. Acesso em 31 out 2021

WALD, ARNOLD, "Do regime legal da Cédula de Produto Rural (CPR)", Revista de Informação Legislativa, Brasília/DF, n.o 136, out/dez, 1997

CADASTRO E REGISTRO NO PLANO DA TEORIA DA LINGUAGEM

UMA ANÁLISE DO PROJETO 3.876/2015 PARA UM CADASTRO URBANO MULTIFINALITÁRIO

LORRUANE MATUSZEWSKI (*)

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO: 2. A IMPRESCINDIBILIDADE DA COMUNICAÇÃO/INTERTEXTUALIDADE ENTRE REGISTRO E CADASTRO SOB O FOCO DA TEORIA DA LINGUAGEM; 3. PROJETO DE LEI N. 3.876/2015 E SEU HISTÓRICO; 3.1. ANÁLISE GERAL DO PROJETO DE LEI N. 3.876/2015 2.2 A DISCUSSÃO SOBRE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA; 4. APONTAMENTOS CRÍTICOS AO PROJETO DE LEI N. 3.876/2015; 4.1. A ADOÇÃO DO TERMO "PARCELA" E SUA PROBLEMÁTICA: PROPOSTA DE USO DE NOVO SIGNO; 4.2. A DIVERSIDADE DE INFORMAÇÕES ENTRE O CADASTRO URBANO E O REGISTRO IMOBILIÁRIO: PROPOSTAS PARA MINIMIZAR O PROBLEMA; 5. A IMPORTÂNCIA DA IMPLEMENTAÇÃO DO REGISTRO ELETRÔNICO PARA A CONSECUÇÃO DA INTEGRAÇÃO ENTRE CADASTRO E REGISTRO IMOBILIÁRIO. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. BIBLIOGRAFIA.

RESUMO: A INTEGRAÇÃO ENTRE CADASTRO E REGISTRO DE IMÓVEIS CONSISTE NA BUSCA DA MAIOR COMPATIBILIDADE POSSÍVEL ENTRE DOIS MECANISMOS DISTINTOS DE CONTROLE DA PROPRIEDADE IMÓVEL. O OBJETIVO DESTE TRABALHO É INVESTIGAR AS IMPLICAÇÕES DECORRENTES DA INCOMPATIBILIDADE ENTRE REGISTRO E CADASTRO, PROPONDO SOLUÇÕES PARA ALGUNS DOS PROBLEMAS CAUSADOS POR ELA. PARA TANTO, O TRABALHO SE DIVIDE EM QUATRO CAPÍTULOS: O PRIMEIRO É DEDICADO À COMPREENSÃO DOS INSTITUTOS DO REGISTRO E DO CADASTRO SOB O FOCO DA TEORIA DA LINGUAGEM, TOMANDO-O COMO UM FATO JURÍDICO QUE DEVE GUARDAR COERÊNCIA COM O ARCABOUÇO DE NORMAS JURÍDICAS E PRINCÍPIOS ASSOCIADOS; O SEGUNDO CAPÍTULO BUSCA ANALISAR O PROJETO DE LEI 3.876 DE 2015. O TERCEIRO CAPÍTULO VOLTA-SE AO ESTUDO DA COMPATIBILIZAÇÃO PROPRIAMENTE DITA, TRAÇANDO PARÂMETROS PARA A MELHORIA DA ATUAL INICIATIVA LEGISLATIVA EM DEBATE NO CONGRESSO NACIONAL E PARA A BUSCA DE UM EFICIENTE CADASTRO MULTIFINALITÁRIO. O ULTIMO CAPÍTULO TRATA DA IMPORTÂNCIA DA IMPLEMENTAÇÃO DO REGISTRO ELETRÔNICO PARA FACILITAÇÃO DE INTERCONEXÃO ENTRE CADASTRO REGISTRO. QUANTO AO MÉTODO DE INVESTIGAÇÃO, O TRABALHO ADOTARÁ OS MÉTODOS DEDUTIVO E HIPOTÉTICO DEDUTIVO, COM USO DE PESQUISA BIBLIOGRÁFICA E DOCUMENTAL, PARA TESTAR A HIPÓTESE, QUE SE CONCLUI COMPROVADA, DE QUE É POSSÍVEL ENCONTRAR SOLUÇÕES QUE POSSAM SER IMPLEMENTADAS EM CURTO E/OU MÉDIO PRAZO PARA REDUZIR A INCOMPATIBILIDADE ENTRE REGISTRO E CADASTRO IMOBILIÁRIOS, RESTANDO ALGUMAS DELAS VISLUMBRADAS NO PROJETO DE LEI N. 3.876/2015, PROJETO ESTE EM QUE PROPÕE ADAPTAÇÕES DE REDAÇÃO.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO IMOBILIÁRIO. DIREITO URBANÍSTICO. CADASTRO. REGISTRO DE IMÓVEIS. CADASTRO MULTIFINALITÁRIO.

1. INTRODUÇÃO

A integração entre cadastro e registro de imóveis consiste na busca da maior compatibilidade possível entre dois mecanismos distintos de

(*) Doutora e Mestre pela Universidade de Marilia — UNIMAR. Mestre em segundo nível pela Escola Paulista de Direito — EPD. Especialista em Direito Civil e Direito Notarial e Registral. Membro da Comissão de Direito Notarial e Registral do Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário — Ibradim. Membro do Conselho Editorial da

controle da propriedade imóvel, qual seja, o cadastro imobiliário, e o Registro de Imóveis.

O tema da integração entre cadastro e registo imobiliário não é novo. Muito se tem discutido ao redor do mundo em busca de uma solução para os problemas que surgem no caminho da integração. Apesar de não ser um tema novo, ainda merece debate, sendo que este trabalho busca conferir uma nova abordagem à matéria, notadamente a partir da análise da propriedade imobiliária e do registro sob o foco da teoria da linguagem. Não obstante, é preciso estar atento à complexidade temática em si.

O cadastro é tema complexo, que envolve, para seu entendimento, a expertise de diversas áreas do conhecimento: agrimensura, geologia, engenharia. O direito registral, de outro lado, é matéria que demanda grande especialização jurídica. Desse modo, o estudo do tema possui uma dificuldade multiplicada, o que aumenta o desafio de propor soluções para a matéria.

Tomaremos como pressuposto, a ser desenvolvido neste trabalho, a afirmação de que o registro e o cadastro, ambos como fatos jurídicos que são, não deveriam ser incompatíveis entre si, uma vez que as confusões e as imprecisões na linguagem jurídica geram insegurança e podem afetar a eficácia da fruição de direitos, além de gerar impactos negativos na dinâmica econômica da cidade. Dessa maneira, é recomendado, que se encontrem soluções que possam ser implementadas em curto e/ou médio prazo para o problema da incompatibilidade entre registro e cadastro imobiliários, restando algumas delas vislumbradas no projeto de Lei n. 3.876/2015, o qual necessita, entretanto, de adaptações em sua redação para alcançar a melhor solução ao problema em questão.

É importante notar que o estudo que aqui se desenvolve tem por objetivo discutir o cadastro urbano no Brasil. A interconexão entre cadastro rural e registro imobiliário não será objeto deste estudo, tendo em vista que se encontra em outro patamar evolutivo, a partir da introdução de obrigatoriedade do georreferenciamento das propriedades rurais e concomitante certificação do INCRA, por meio da Lei 10.267/2001.

Revista de Direito Imobiliário — RDI. Oficial de Registro de Imóveis no Estado de São Paulo. Endereço eletrônico: lorruane@gmail.com

O presente trabalho será dividido da seguinte forma: o capítulo inicial deste artigo tratará da natureza jurídica do cadastro e do registro sob o foco da teoria da linguagem, utilizando esse sistema de referência como base para a demonstração da necessidade de integração dos dois fatos jurídicos e da necessidade de se aprofundar e discutir o projeto de Lei 3.876/2015.

O capítulo seguinte abordará propriamente o projeto de Lei objeto deste artigo, investigando seu histórico e analisando a Portaria do Ministério das Cidades que deu origem à citada proposta legislativa. Tal abordagem buscará compreender os aspectos práticos que levaram à necessidade de normatização da matéria.

Em seguida, proceder-se-á a uma análise geral do projeto de lei, na forma como se encontra atualmente no Congresso Nacional, analisando o parecer que já foi apresentado por uma das comissões legislativas.

O subitem final do segundo capítulo terá por objetivo fazer uma análise crítica do projeto de lei, propondo algumas alterações que nos parecem importantes para que a norma regule de maneira eficiente a matéria.

Com efeito, adota-se o método hipotético-dedutivo ao longo desta pesquisa, diante da necessidade de teste da hipótese formulada como resposta provisória ao problema de pesquisa, trabalhando-se com métodos auxiliares, notadamente comparativo e histórico. Em relação aos procedimentos técnicos, a pesquisa prioritariamente faz uso de pesquisa bibliográfica e pesquisa documental. Trata-se de pesquisa qualitativa, diante da multiplicidade de fatores a serem analisados para além de dados estatísticos, e exploratória, considerada a necessidade de integração de variáveis.

2. A IMPRESCINDIBILIDADE DA COMUNICAÇÃO/ /INTERTEXTUALIDADE ENTRE CADASTRO E REGISTRO SOB O FOCO DA TEORIA DA LINGUAGEM

O Direito é um sistema comunicacional. O propósito de um sistema comunicacional é guiar-se pela linguagem, de modo que a sua coerência depende do uso de uma linguagem que seja adequada e cujos signos sejam compatíveis.

A linguagem é essencial para a constituição da realidade e do conhecimento e do Direito. Assim, o estudo da linguagem, do conhecimento, da verdade e do Direito, formando um sistema comunicacional, apresentam-se inter-relacionados (TOMÉ, 2011, p. 19). A propósito, Paulo de Barros Carvalho afirma que "compor um discurso científico é verter em linguagem rigorosa os dados do mundo, de tal sorte que ali onde não houver precisão linguística não poderá haver ciência" (CARVALHO, 2015, p. 167-170). O mundo, inclusive o jurídico, somente pode ser compreendido e entendido sob a ótica da teoria da linguagem.

A teoria do conhecimento, originalmente, centrava-se no estudo da relação entre sujeito e objeto, fazendo-o a partir do objeto (ontologia), do sujeito (gnosiologia) ou da relação entre ambos (fenomenologia). Com base na filosofia da consciência, via-se a linguagem como instrumento que ligava o sujeito ao objeto do conhecimento, sendo a verdade resultado da correspondência entre a proposição linguística e o objeto referido.

Com o advento da filosofia da linguagem, cujo marco inicial é a obra de Wittgenstein (*Tractatus logico-philosophicus*), passou-se a considerar a linguagem como algo independente do mundo da experiência e, até mesmo, a ela sobreposta, originando o movimento hoje conhecido como giro linguístico. Essa nova corrente filosófica rompeu a tradicional forma de conceber a relação entre linguagem e conhecimento, entendendo que a própria compreensão das coisas dá-se pela preexistência de linguagem, deixando esta de ser concebida como mero instrumento que liga o sujeito ao objeto do conhecimento. [...]

Nessa concepção, o conhecimento não aparece como vínculo entre sujeito e objeto, mas como relação entre linguagens, entre significações. [...] O conhecimento pressupõe a existência de linguagem. A realidade do ser cognoscente caracteriza-se exatamente por esse conhecimento do mundo, constituído mediante linguagem. Não é possível conhecermos as coisas tal como se apresentam fisicamente, fora dos discursos que a elas se referem (TOMÉ, 2011, p. 23).

Para que seja possível conhecer a realidade, mostra-se necessário expressar e constituir acontecimentos na forma de linguagem, o que se dá pela emissão de proposições definitivas quanto às coisas, acontecimentos ou eventos. Em razão disso, o conhecimento deve ser tido como algo que ocorre num processo comunicacional e eminentemente

linguístico, sendo que este processo linguístico é dotado de complexidade, notadamente diante da intervenção de fatores externos que afetam a forma de interpretação (TOMÉ, 2011, p. 21).

Para a coerência da linguagem, é importante resumir os fatos por ela apresentados em proposições, que deverão ser tidas como verdadeiras ou falsas. As proposições jurídicas, expressas pela linguagem, devem implicar no reconhecimento de normas jurídicas válidas para que possam ser consideradas verdadeiras. Caso contrário, evidentemente, se estará diante de uma proposição jurídica falsa (TOMÉ, 2011, p. 14).

Conhecendo o fato jurídico como a incidência da norma jurídica sob um suporte fático, tem-se que não há incidência jurídica quando se está diante de um fato incongruente com a linguagem que o manifesta. A principal consequência, por seu turno, da falta de incidência jurídica é a perda de efeitos jurídicos do fato, isto é, a exclusão de direitos, deveres e ônus (CARVALHO, 2015, p. 12-13).

O registro e o cadastro são fatos jurídicos que estão sujeitos à incidência das normas do Direito que regulam o direito de propriedade. Logo, são fatos jurídicos que necessariamente devem dialogar e guardar compatibilidade, sob pena de ofenderem as premissas da teoria da linguagem que é a base do fenômeno regulatório.

Quer dizer: não há que se falar em incidência jurídica quando se está diante de fatos jurídicos que não dialogam, que são incompatíveis entre si. Devido à incompatibilidade de informações que constam no sistema de registros e no sistema de cadastros, surgem dois fatos jurídicos pertencentes ao mesmo grupo linguístico (ou seja, signos ligados ao direito de propriedade imóvel) que se confrontam, o que compromete a compreensão das proposições neles correlacionadas e implica na exclusão de efeitos válidos que deveriam ser produzidos por estes fatos.

Pois bem, o registro e o cadastro geram efeitos jurídicos diversos no direito de propriedade, entre eles constitutivos, publicitários, tributários, por exemplo. A ausência de compatibilidade entre estes fatos jurídicos afeta estes efeitos e gera ineficácia para o sistema jurídico, motivo pelo qual a busca do cadastro multifinalitário nos parece essencial, sendo que nesse processo é fundamental que a fixação de termos linguísticos seja adotada com cuidado, para que se aproveite

com efetividade o processo comunicacional entre as diversas áreas do direito e entre as diversas culturas que se envolvem nesse processo.

É nesse ponto que as teorias da linguagem facilitam a compreensão do processo comunicacional. Aqui é importante citar o modelo denominado linguagem de transferência da informação, no qual enfatiza-se a linguagem como meio de comunicação (NOVELLINO, 1998, p. 137-146). A linguagem de transferência da informação é também uma linguagem formalizada, mas com finalidade e base teórica distintas das linguagens documentárias (RODRIGUES, 1995, p. 9-10). A filosofia da linguagem tradicional e filosofia da linguagem ordinária se desassemelham porque, para a primeira, o significado existe independentemente da comunicação e, para a segunda, o significado é construído pelo processo de comunicação, não existindo sem que exista comunicação. É essa também a diferença entre linguagem documentária e linguagem de transferência da informação. A primeira representa o significado do texto e a segunda vai buscar o significado do texto levando em conta o processo de comunicacional entre aquele que o produz e aquele que pretende utilizá-lo. Elas tem como diferença principal o fato de se considerar que a ambigüidade dos termos, ao invés de dificultar a comunicação ou, no caso, a transferência da informação, viabilizará o processo de agregar ao termo o sentido que é dado pela conjuntura na qual ele se insere: o texto e o contexto de produção do texto (ALMEIDA, 1986). É essa segunda teoria que sera adotada nesse trabalho, compreendendo-se a comunicação como o processo que culmina na produção de textos e novos signos.

Nesse cenário, o presente trabalho busca por meio da noção de intertextualidade facilitar a construção de textos e signos que potencializem o processo comunicacional entre as áreas do direito e entre as diversas culturas, tendo em vista que a busca por um cadastro eficiente tem se tornado uma discussão global, na qual signos que se façam audíveis no discurso internacional se impõe nesse momento de construção da legislação. Para isso é importante que o legislador, como profissional da norma, esteja consciente do processo comunicacional em que se encontra, para que sua produção textual seja qualificada, e diferente da produção comunicacional comum, que se da sem o controle do processo em que se insere o produtor do texto.

A intertextualidade é a vinculação que um texto mantém como outros textos, contemporâneos ou históricos. O conjunto de textos com os quais se relaciona, de maneira explícita ou implícita, um texto, constitui uma espécie única de contexto, que influi tanto na produção como na compreensão do discurso (PEREIRA, 2009).

Inicialmente, conclui-se que o caráter dialógico do discurso faz com que todo emissor, por ter sido receptor de muitos textos, evoque os anteriores no momento de produzir seu enunciado, de tal modo que cada novo texto se baseia em outros textos (PEREIRA, 2009).

Com isso, se estabelece um diálogo, chamado de intertextual, uma vez que, em cada discurso, não se ouve somente a voz do emissor, mas a convivência de uma pluralidade de vozes superpostas, que estabelecem um em diálogo entre si, numa relação de dependência mútua entre os enunciados (PEREIRA, 2009).

A ciência desse processo de intertextualidade em que se insere o criador da norma jurídica é essencial para que ele se mantenha consciente do objetivo histórico e cultural de determinada norma, sem se afastar do contexto de criação de determinado texto. A intertextualidade é um requisito para que os textos sejam inteligíveis, o que implica a dependência de um texto como uma entidade semiótica de outro texto anterior (FLORES, 2005). A referência intertextual, portanto, ao invés de evocar imagens, pode excluí-las, parodiá-las ou até mesmo dar-lhes um significado diverso, dependendo da maneira pela qual é utilizada.

É nesse contexto que se demonstra a importância do histórico do projeto de Lei que que se pretende analisar, compreendendo os textos anteriores que serviram de base para a sua edição e também a análise das diretivas globais acerca da matéria, como a ISO publicada pela ONU e que será objeto de estudo. A construção de signos inteligíveis no cenário global é essencial para o trato da matéria, conforme se demonstrará ao longo deste trabalho. E a ciência do contexto de formação do processo comunicacional em que o legislador se insere é essencial para que o criador da norma participe de maneira mais efetiva desse processo linguístico, produzindo um discurso coerente, eficaz e duradouro com base na análise consciente do contexto histórico e cultural envolvidos nesse processo.

3. PROJETO DE LEI 3.676/2015 E SEU HISTÓRICO

A busca pela melhora do cadastro urbano territorial no Brasil não é novidade. O Ministério das Cidades já trabalha no tema há mais de uma década. Neste sentido, diversas iniciativas se apresentaram antes da consolidação do projeto de Lei n. 3.876/2015.

A necessidade de aprimoramento detectada pelo Ministério das Cidades resultou na publicação de uma portaria no ano de 2009, que foi editada no âmbito do Programa de Capacitação das Cidades, após a pesquisa de um Grupo de Estudos criado com o objetivo de viabilizar a criação e estruturação de um Cadastro Territorial Multifinalitário — CTM.

[...] o Ministério das Cidades, por meio do Programa Nacional de Capacitação das Cidades (PNCC), tem por objetivo o fortalecimento institucional dos municípios para o planejamento e a gestão urbana, mediante a capacitação de gestores e o aperfeiçoamento da Administração Pública nas diferentes esferas de governo (BRASIL, 2009).

Com efeito, a Portaria MC n. 511/2009 propõe algumas diretrizes para a criação do CTM nos municípios brasileiros. A edição da portaria foi um ato que sem dúvidas marcou um avanço no trato do tema, sendo relevante observar o que a portaria estabelece logo em seus primeiros artigos:

> Art. 1.º O Cadastro Territorial Multifinalitário — CTM, quando adotado pelos Municípios brasileiros, será o inventário territorial oficial e sistemático do município e será embasado no levantamento dos limites de cada parcela, que recebe uma identificação numérica inequívoca.
>
> Art. 2.º A parcela cadastral é a menor unidade do cadastro, definida como uma parte contígua da superfície terrestre com regime jurídico único (BRASIL, 2009).

A portaria inaugurou suas disposições com o enfrentamento de um aspecto importante, que será apontado ao longo deste trabalho: a definição do que será objeto do cadastro. Para tanto, fixou a utilização de um signo pouco conhecido do mundo jurídico: *parcela*. A palavra parcela não foi proposta de maneira aleatória. Foi retirada do clássico

conceito de cadastro da Federação Internacional dos Geômetras (FIG, 2017): "cadastro é um inventário público de dados metodicamente organizados, baseado no levantamento dos limites das *parcelas* existentes em um determinado território" (grifo nosso).

A parcela é considerada a unidade básica do cadastro e seu significado mais popular propõe que uma parcela corresponde a uma porção do território com condições homogêneas de domínio. Autores defendem que essa definição é flexível e adapta-se aos diversos sistemas cadastrais, já que cada país possui um sistema que espelha suas características geográficas, históricas, políticas e administrativas (CARNEIRO; SANTOS. 2013).

A portaria também pretendeu disciplinar a integração entre cadastro e registro de imóveis, tratando da questão no artigo 9.º:

> Art. 9.º As informações contidas no CTM e no RI devem ser devidamente coordenadas e conectadas por meio de troca sistemática de dados, com a finalidade de permitir o exercício pacífico do direito de propriedade, proteger e propiciar a segurança jurídica, o mercado imobiliário e os investimentos a ele inerentes (BRASIL, 2009).
>
> A portaria também determinou a utilização do Sistema Geodésico Brasileiro como o único apropriado para o levantamento cadastral, de acordo com as recomendações firmadas pelo IBGE. Além disso, sugere a forma de gestão do cadastro pelas prefeituras, recomendando que cada município constitua uma equipe técnica local devidamente capacitada, de preferência do quadro permanente, a fim de manter a integridade, a atualização e a continuidade na gestão do CTM, sendo que para os municípios de pequeno porte, com limitação de recursos, a portaria sugere a criação de consórcios (BRASIL, 2009).

Como processo importante da atualização do cadastro, a portaria indica a necessidade de atualização da pauta fiscal no que se refere à base de cálculo dos imóveis para fins de IPTU, no mínimo, a cada quatro anos, sugerindo a prorrogação do prazo para até oito anos no caso de cidades com até 20.000 (vinte mil) habitantes.

A portaria contém apenas sugestões para a implantação de um cadastro multifinalitário e não impõe obrigação alguma aos municípios, pois

não é instrumento legislativo legítimo para tanto, já que não possui o Ministério das Cidades competência para obrigar, por meio de portaria, os munícipios a revisarem o seu cadastro.

Pois bem, passada uma década da publicação da portaria, não se vê grande movimentação dos municípios com o fim de melhorar seus cadastros ou de utilizar as recomendações previstas na normativa. Não é difícil acreditar que sem uma norma cogente muitos municípios deixarão a revisão do cadastro de lado, postergando-a para uma gestão futura, tendo em vista as inúmeras demandas de um município e a limitação de seus recursos humanos e financeiros. Entretanto, a melhora do sistema é necessária. Buscando resolver a questão, em 2015 foi proposto o projeto de Lei n. 3.876.

O projeto quase repete as propostas apresentadas pela Portaria n. 511/2009 do Ministério das Cidades, determinando diversas medidas de forma cogente e obrigando os municípios a sistematizarem os seus cadastros. Além disso, o projeto obriga a atualização da pauta municipal, em período não inferior a quatro anos — mesmo prazo sugerido pela portaria — sob pena de descumprimento do artigo 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Postas essas premissas iniciais, passaremos a analisar mais detidamente o projeto de Lei n. 3.876/2015, partindo de uma análise geral para se chegar ao apontamento de questões específicas consistentes em pontos críticos do projeto que merecem atenção especial, uma vez que podem afetar diretamente a adequação do cadastro multifinalitário brasileiro.

3.1 Análise geral do projeto de Lei n 3.876/2015

O projeto de Lei n. 3.876/2015 traz as normas para elaboração do cadastro territorial dos municípios e dá outras providências. Conta com trinta artigos, divididos em seis capítulos, notadamente: disposições gerais, multifinalidade do cadastro, levantamento e cartografia cadastral, gestão do cadastro, avaliação de imóveis, disposições finais.

A começar pelo artigo 1.º, *caput*, o projeto define o Cadastro Territorial — CT como "o inventário territorial oficial e sistemático do município e será embasado no levantamento dos limites de cada parcela

cadastral". Por seu turno, o artigo 2.º, *caput*, conceitua parcela cadastral como "a menor unidade do cadastro, definida como uma parte contígua da superfície terrestre com regime jurídico único".

O CT seria um dos componentes do CTM, conforme se deduz do artigo 4.º: "o Cadastro Territorial Multifinalitário — CTM é constituído pelos dados do Cadastro Territorial — CT associados aos dados do Registro de Imóveis — RI e dos cadastros temáticos". Portanto, o cadastro multifinalitário é composto pelos dados do cadastro territorial e dos cadastros temáticos associados aos dados do Registro de Imóveis, promovendo a finalidade de integração de informações.

Propriamente quanto à multifinalidade, tem-se a partir do artigo 5.º um capítulo específico que a regula, prevendo este dispositivo que ela será assegurada "pela integração de dados e informações de outros sistemas ao Cadastro Territorial (CT), de conteúdo mínimo, que favoreça a atualização permanente do acervo de dados territoriais do município". Logo, a multifinalidade é atendida pela integração do CT com outros cadastros temáticos.

Especificamente sobre a interação entre cadastro e registro, prevê o artigo 6.º:

> Os dados contidos no CTM terão como base as informações contidas no RI, sempre que disponível, devendo estar devidamente coordenados e integrados, com a finalidade de permitir o exercício pacífico do direito de propriedade e posse, publicizando-os, proteger e propiciar a segurança jurídica, o mercado imobiliário e os investimentos a ele inerentes.

A pretensão é que o CTM atenda aos interesses de todos os usuários e adote "sistema de referência único e um código identificador único e estável para cada parcela" (artigo 7.º). Portanto, cada parcela cadastral terá um único número em todo o sistema de referência, sendo assim facilmente rastreável e a princípio dotada de informações mais congruentes do que nos sistemas diversos. Espera-se, assim, que a base cadastral se mantenha íntegra em todos aspectos, preservando a compatibilidade entre o cadastro e o registro.

Por seu turno, um dos elementos que constitui o CT é a Cartografia Cadastral, ora prevista no artigo 3.º, III do projeto. O capítulo III é

então dedicado a especificar este elemento obrigatório, tratando do levantamento e da cartografia cadastral a ser referenciado ao Sistema Geodésico Brasileiro — SGB. Caberá aos municípios implantar, conservar e manter a inviolabilidade dos marcos físicos vinculados ao SGB, bem como gradativamente demarcar os imóveis conforme estes marcos. Quando isso for feito, cada parcela territorial corresponderá a uma forma geométrica fechada.

No quarto capítulo aborda-se a gestão do cadastro, cuja competência e responsabilidade será dos municípios, preferencialmente mediante equipe técnica especializada de quadro permanente, que criará mecanismos de acesso, segurança e preservação do sistema, respeitada a Lei de Acesso à Informação. Além disso, um município poderá celebrar convênio com outro para cumprir este papel.

Já o quinto capítulo é voltado à avaliação de imóveis. Fixa-se que os municípios devem disponibilizar os dados do CTM para avaliação, quaisquer que seja o seu fim, fiscal ou extrafiscal. Especificamente quanto ao IPTU, imobiliários, impõe-se a transparência e o respeito às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas — ABNT.

Destaca-se a previsão do artigo 18: "objetivo dos trabalhos de avaliação de imóveis para fins tributários é estimar o valor venal dos imóveis, que deve ser entendido como o valor de mercado, de forma a assegurar a equidade, isonomia, justiça fiscal e social".

Fixa-se um paradigma bastante relevante, consistente na busca de que o valor venal dos imóveis passe a corresponder ao valor de mercado. Afinal, é bastante usual que se declarem valores venais inferiores aos reais para escapar da tributação e das custas registrais, prática que é danosa, afeta a isonomia e ofende a justiça. A propósito, consta nas razões que fundamentaram o projeto de lei:

Ressalte-se ainda que, a desatualização do cadastro territorial, dos valores de avaliação e da legislação tributária local, além de provocar baixa arrecadação gera também um tratamento desigual e injusto aos cidadãos, pois a tributação ocorre sobre uma base de cálculo distante da realidade, em diferentes graus, causando sérios desajustes entre situações isonômicas distintas.

Para manter a correspondência do valor cadastrado com o valor real, impõe-se a atualização de valores no máximo a cada quatro anos,

extensíveis para o limite de oito anos nos municípios com até 20.000 (vinte mil) habitantes. Finalizando a temática, o artigo 20 exige o monitoramento da qualidade das avaliações, de modo que estas sejam coerentes e todo local; e o artigo 21 impõe que o contribuinte tenha acesso aos dados físicos e do valor do imóvel.

O capítulo final se inicia com o destaque para os princípios da Administração Pública, prevendo no artigo 22 que "As informações do CTM, a ser criado e atualizado de forma permanente, integram o patrimônio público, vinculando a Administração Pública, sujeitando-a aos princípios constitucionais da moralidade, publicidade e eficiência".

Ainda, nas disposições finais se coloca o propósito do CTM a servir para os fins de política urbana previstos no Estatuto das Cidades e preconiza adiante no artigo 25:

> Art. 25. A existência do Cadastro Territorial Multifinalitário instrumentaliza a construção do Sistema Nacional de Política Urbana, por meio de quatro vertentes: planejamento territorial; habitação; saneamento ambiental; trânsito, transporte e mobilidade urbana, com controle e participação social.

Além da previsão sobre o propósito voltado à política urbana, fixa-se a exigência de que os Municípios deem andamento à implementação do cadastro com vistas à arrecadação de tributos, sob pena de incidência da Lei de Responsabilidade Fiscal e da Lei de Improbidade Administrativa. Entende-se que o chefe do Executivo deve ser responsabilizado se não implementar o CTM porque isso significa omissão na arrecadação de receitas tributárias.

Com efeito, o principal propósito do projeto de Lei é assim descrito:

> Mudar a percepção e recuperar a capacidade de compreensão coletiva de bem público e da gestão pública passa pela atualização e modernização dos instrumentos de gestão territorial urbana, com destaque ao Cadastro Territorial Multifinalitário (CTM), integrando as áreas da administração, de correta tributação, de melhoria na quantidade e qualidade das receitas, do tratamento isonômico dos cidadãos, na melhora dos Planos Diretores e do planejamento urbano

não mais para 10 anos, mas para 100 anos, e para todos os dias, cumpre o dever de proteção intergeracional.

Nestes termos, o projeto de Lei n. 3.876/2015 apresenta boas intenções e estrutura adequada, mas deixa de atentar a algumas questões relevantes que mereceriam atenção especial, sob pena de gerarem situações incongruentes quando da implementação da lei, as quais serão estudadas nos tópicos seguintes.

3.2. A discussão sobre competência legislativa

O projeto tramita no Congresso Nacional, e já recebeu parecer da Comissão de Desenvolvimento Urbano. O projeto também deve ser analisado pela Comissão de Finanças e Tributação, cujo relator devolveu sem ter feito nenhuma análise, e pela Comissão de Constituição e Justiça, a quem competirá opinar sobre a constitucionalidade do projeto.

A Comissão de Desenvolvimento Urbano se manifestou contra a sua aprovação por entender que apenas transpõe uma norma infralegal para o nível de Lei — qual seja a Portaria MC n. 511/2009 — e que por isso adentra em detalhes que não devem ser matéria de lei:

Segundo a opinião exarada no parecer, o projeto de Lei em estudo trataria de regras de desenvolvimento urbano, em que a União deveria se limitar a editar normas gerais. O parecer defende ainda que a regulamentação pormenorizada da matéria pela União fere o pacto federativo e deixa de observar as peculiaridades inerentes a cada munícipio.

Particularmente, pensa-se que as opiniões exaradas no parecer não são adequadas, tendo em vista que a sistematização do cadastro urbano não é apenas uma questão de desenvolvimento local e urbano. A sistematização do modelo cadastral do país se insere na competência da União prevista no artigo 22, XVIII e de modo algum fere o modelo de Estado Federado brasileiro.

Não há outra forma de se enfrentar a questão, a não ser sistematizando-a nacionalmente. O modelo polarizado de cadastramento já se demonstra falho há séculos. A tendência de uniformizar as

regras sobre cadastro é mundial e pensamos que não há outra forma de tratar o tema. Deixar que cada município continue buscando, sozinho, a melhor forma de executar o cadastramento é certeza de fracasso. Ademais, essas informações não dizem respeito apenas às políticas realizadas no âmbito municipal, porque interferem em políticas que devem ser realizadas também em âmbito nacional, como a regularização fundiária, matéria que tem sido regulamentada pela União, e a disponibilização de financiamento público para subsídio de moradia.

Caso se entenda que a competência da União não está suficientemente demonstrada com base no artigo citado, urge que se edite uma Emenda Constitucional, explicitando, no inciso XVIII do artigo 22 da Constituição Federal, que a competência da União para legislar sobre sistema estatístico, cartográfico e de geologias, abrange a competência para legislar sobre sistema cadastral urbano. A redação do inciso passaria a ser: "sistema estatístico, sistema cartográfico, de geologia nacionais e de cadastro territorial". É o que se sugere, de *lege ferenda*. Repete-se que tal alteração é em verdade desnecessária, pois no sistema federativo atual a União já possui competência para a edição da referida Lei.

4. APONTAMENTOS CRÍTICOS AO PROJETO DE LEI N. 3.876/2015

Neste tópico final, dedicar-nos-emos a sugestões de alterações do projeto de Lei n. 3.876/2015.

4.1. A adoção do termo "parcela" e sua problemática: proposta de uso de novo signo

O objeto do cadastramento foi designado pelo projeto de Lei como *parcela*. Adotou-se a proposta da Portaria MC n. 511/2009, que sugere o uso do signo, que é o mesmo utilizado no mais conhecido conceito de cadastro da FIG, já citado por vezes nesse trabalho.

Embora se reconheça que o termo parcela é tecnicamente perfeito para caracterizar o objeto do cadastro, sugere-se sua alteração pelo termo *unidade administrativa*, previsto na ISO 19152. A uniformização do

cadastro é uma busca mundial e uma ISO já foi editada buscando pacificar o tema. Não parecem haver razões para não adotar a nomenclatura sugerida pela ISO.

Martín-Varés relata sua participação no grupo de trabalho responsável pelas especificações técnicas de cadastro para a diretiva INSPIRE, a Infraestrutura de Dados Espaciais europeia. Um dos maiores problemas relatados foi o do conceito cadastral, discutido em reuniões com instituições de vários países. O problema encontrado não foi apenas a diversidade de idiomas e suas traduções. Na maior parte da América Latina, mesmo se falando a mesma língua, os sistemas cadastrais se mostravam totalmente heterogêneos, persistindo tantas dessemelhanças na terminologia que o entendimento se tornava extremamente difícil. O grupo teve como objetivo estabelecer exigências mínimas para que um cadastro seja integrado à INSPIRE, mantendo as características cadastrais e legais dos sistemas nacionais (CARNEIRO; SANTOS. 2013).

Sabe-se que o problema linguístico é uma grande barreira nesse assunto, de modo que não parecem existir motivos para não se substituir desde de logo o termo *parcela* utilizado no projeto de Lei pelo termo *unidade cadastral*. O significado do termo continuará o mesmo, mas será utilizado um signo fixado de maneira mundial por uma ISO.

Falando em significado, pensa-se que deva ser definido melhor o que é a parcela ou unidade administrativa (a depender do termo a ser adotado). A Portaria MC n. 511/2009 parece entender que o termo é suficientemente delimitado. Apenas se encontra um artigo na portaria, copiado pelo projeto, que define parcela nos seguintes termos: "a parcela cadastral é a menor unidade do cadastro, definida como uma parte contígua da superfície terrestre com regime jurídico único". A ISO define unidade administrativa como objeto territorial registrado (ainda que de maneira informal) ou suscetível de sê-lo.

Pensa-se que o conceito apresentado pela ISO pode complementar o conceito presente no projeto de lei. Ao se definir que a unidade é o objeto territorial registrado ou que possa sê-lo, a ISO clarifica a integração ente o cadastro e o registro imobiliário. Estabelecida a necessidade de adequação conceitual, interessante atentar para um problema usual e mais complexo, que é o da sobreposição de parcelas.

4.2. A diversidade de informações entre o cadastro urbano e o registro imobiliário: propostas para minimizar o problema

A diversidade de informação entre o cadastro e o registro imobiliário é uma realidade. Em um caso de situações usuais, demonstradas no estudo feito em Arapiraca-AL (CARNEIRO; SANTOS. 2013), um lote formado por três imóveis "de fato" corresponde a uma única matrícula no Registro Imobiliário. Mas, na prática, há três pessoas diferentes, exercendo posse sobre três construções diferentes. É situação extremamente comum e diversas situações podem levar a essa formatação: o pai doou apenas usufruto para os filhos, que passaram a exercer a posse localizada; as partes compraram o imóvel em condomínio, mas passaram a exercer a posse de maneira localizada. Um dos principais objetivos do cadastro é a arrecadação tributária e o IPTU incide sobre o proprietário ou possuidor. A prefeitura, nesse caso, cadastra as construções e não o objeto matriculado (que é a soma das três construções). O que fazer num caso como este? Apenas deixar o cadastro diferente do registro, pois são coisas diferentes? Obrigar os proprietários a adequarem o registro à realidade, desdobrando o imóvel ou instituindo condomínio?

Obrigar os proprietários a alterarem a formatação de seu imóvel no Registro de Imóveis sempre foi visto como um dogma instransponível, mesmo com a previsão do artigo 169 da Lei n. 6.015/1973, que determina a obrigatoriedade dos atos de registro. Na prática, como já foi dito, trata-se de um ônus, que se descumprido pelas partes não gera sanção direta, a não ser a não constituição do direito do real. E na cultura brasileira sempre se achou normal apenas dividir um imóvel de maneira fática, sem que as partes se preocupem em realizar as alterações perante o Registro Imobiliário. O preço e a burocracia são as justificativas mais comuns. O que ocorre na realidade é que a prefeitura acaba cadastrando as construções de maneira individual e o cadastro se afasta totalmente do registro.

A princípio, poderia dizer-se que não há problemas em situações como esta, pois cadastro e registro não são a mesma coisa e podem conter informações diferentes. A finalidade do cadastro é arrecadatória, a do registro é resguardar o direito real. Logo, é inevitável que registro e cadastro não coincidam às vezes. Contudo, como

GESTLEGAL

demonstrado no primeiro capítulo, essa não é a situação ideal, gerando ruídos de comunicação no sistema linguístico do direito de propriedade. Assim, nos casos em que é possível a coincidência entre registro e cadastro, por que não a exigir?

No exemplo acima, em que existem três construções em uma matrícula, vê-se que o interesse em as cadastrar individualmente é na verdade dos próprios condôminos, que não querem ser responsáveis por pagar IPTU sobre a totalidade do imóvel matriculado, mas também não querem fazer o desdobro no Registro Imobiliário. Melhor para as partes é que a prefeitura cadastre individualmente os imóveis e resolva o problema de maneira mais ágil.

Ocorre que essa divergência gera diversos problemas e um deles é recorrente nas prefeituras: quando um dos condôminos deixa de pagar IPTU e a fazenda municipal pretende executar aquela unidade em uma execução fiscal, não consegue. Quando é apresentada a ordem de constrição ao Registro de Imóveis, a unidade descrita no cadastro da prefeitura não corresponde à unidade descrita no registro e a execução não pode continuar. Ou seja, são inúmeros problemas decorrentes dessa desatualização.

Por isso, pensa-se que é razoável exigir daquele que objetive ter seu cadastro de IPTU lançado individualmente, que proceda previamente ao desdobro perante a serventia. Acredita-se ser um passo essencial para a interconexão do cadastro com o Registro de Imóveis. Para isso, sugerem-se de *lege ferenda* os seguintes artigos, a serem acrescentado ao projeto de lei:

> *Art. x. O cadastro urbano deve acompanhar sempre que possível a descrição constante do Registro Imobiliário.*
>
> *Art. x+1. A concessão do desdobro do cadastro urbano fica condicionada ao desdobro regular perante o competente registro de imóveis.*

Contudo, deve-se ter em mente que essas são as situações ideais. Apenas se pode impor tal exigência ao contribuinte se a área a ser tributada tiver origem regular, ou passível de ser regularizada por outro ato prévio de desdobro ou unificação, perante o Registro de Imóveis. Não é possível esquecer que nem sempre se tem um cenário ideal e o RGI não é conhecedor de toda a situação terrestre das áreas de sua

competência. Além de áreas que não são tituladas — áreas de posse — há áreas em que não se consegue conhecer a origem com base nas transcrições ou plantas disponíveis em cartório. Por isso, sugere-se, ainda, que à redação do art. x+1 seja acrescido o seguinte parágrafo:

> *Art. x+1, parágrafo único. O cadastramento não fica condicionado ao prévio desdobro ou registro imobiliário quando a serventia competente atestar que não pode precisar os limites objetivos da área objeto de cadastro.*

O entendimento e esclarecimento dessa questão é matéria de elevada importância. Destaca-se o caso de um julgamento do qual se teve notícia, no âmbito do Conselho Municipal de Tributos de São Paulo.

No bojo do processo de número 2015-0.277.963-0, determinado contribuinte requereu o lançamento do IPTU de sua unidade residencial, que se encontrava sem cadastramento. O auditor fiscal que se manifestou no procedimento indeferiu o pedido, alegando que o contribuinte não "apresentou averbação registrada nas matrículas n. 231.081 e 231.082 do 9.º Cartório de Registro de Imóveis, não constando a posição dos lotes em relação ao sistema viário, tendo em vista a sobreposição em relação às matrículas n. 114.540 e 114.541". Verifica-se ao longo do processo que as matrículas referidas são objeto de discussão judicial e estão bloqueadas administrativamente. O juiz sentenciante, ao final, denegou o pedido, da seguinte forma:

> Clarifica que as matriculas apresentadas pela Recorrente, números 114.540 e 114.541, estão bloqueadas no 9.º CRI por sobreposição de áreas e sem a averbação necessária para localização dos lotes. Dessa forma o recorrente somente poderá ter seu pleito atendido, quando averbar a localização dos lotes nas respectivas matrículas, em compatibilidade com o novo desenho da quadra.

O processo acima demonstra o que não pode acontecer de modo algum na formação do cadastro. Se o registro imobiliário não tem como conhecer a origem e a real confrontação de determinado imóvel, não se pode condicionar o cadastro ao registro. Isso trava o

sistema. Aliás, é essencialmente nesses momentos em que a prefeitura deve realizar o levantamento das situações fáticas e das confrontações, para que suas certidões sirvam como base a procedimentos que se proponham a resolver a questão posteriormente, como os de regularização fundiária e usucapião.

No caso narrado, o contribuinte deveria ter tido seu direito ao cadastramento deferido e a prefeitura notificada para realizá-lo. Condicionar o cadastramento ao registro imobiliário nesses casos é uma utopia que não resolve o problema. Por isso, se sugere a inserção dos artigos aqui apontados para esclarecimento do tema.

Por fim, pensa-se ser um grande avanço a determinação de utilização do SGB prevista no artigo 9.º do projeto de lei. O Sistema Geodésico Brasileiro — SGB é composto pela soma das redes altimétrica, planimétrica e gravimétrica e atualmente se utiliza também da tecnologia de observação de satélites artificiais com fins de posicionamento.

Sugere-se que o projeto deve incluir não apenas a utilização do Sistema Geodésico para descrição, mas principalmente para a verificação da sobreposição das parcelas, que é a maior carência do sistema cadastral e registral brasileiro.

O oficial de registro do 5.º Ofício da capital paulista, Sérgio Jacomino, ao tratar do tema da interconexão entre cadastro e registro aponta o problema que vem se repetindo ao longo dos anos: muito se tem investido em especialização, melhorando os sistemas de descrição dos imóveis, mas não se possui uma planta cadastral onde se verifique de maneira segura as confinâncias. Sabe-se a descrição perfeita de um imóvel *x*, mas não se pode afirmar que ele não está em cima do imóvel *y* (JACOMINO, 2000). O cadastro rural parece ter conseguido melhorar esse aspecto ao exigir o georreferenciamento dos imóveis com a certificação do INCRA de que uma poligonal não se sobrepõe à outra.

Assim, o que se propõe é que o SGB continue a ser indicado como o próprio para ser utilizado na revisão do cadastro urbano, mas que se aponte a necessidade de se utilizá-lo não apenas para descrição, mas também para a verificação de superposição.

Ainda falando sobre a integração entre as instituições, mais uma proposta pode ser feita tomando como base a experiência do Estado de São Paulo. Atualmente, no item 141 do Provimento n. 58/1989 do

Estado bandeirante, as normas de serviço dos cartórios preveem a obrigação de que as serventias extrajudiciais enviem para as Prefeituras que demonstrarem interesse, lista com comunicação de todos os negócios imobiliários realizados, visando a atualização do cadastro.

Essa norma não é a solução para todo o problema, mas já é uma forma mais concreta de prever a integração entre cadastro e registro. Impor essa regra a todos os Estados já representaria um pequeno avanço. É mais uma sugestão que se faz ao projeto de Lei em andamento. Também se sugere que o recebimento de tal lista não seja opcional para as prefeituras, impondo-se o dever de recebê-la e manter atualizado o seu cadastro. Esse alinhamento entre o cadastro municipal e o registro imobiliário será obtido com a implementação de um sistema de comunicação eletrônico estruturado, tecnologia hoje disponível e com custo módico [1].

Também se sugere que haja uma previsão de prazo para o levantamento planimétrico a ser realizado pelos municípios, nos moldes feitos pela Lei n. 10.257/2001 com o georreferenciamento rural e nos moldes feitos pelo próprio projeto de Lei para a revisão da pauta fiscal.

Outro dogma que merece ser ultrapassado para que se promova uma integração entre o registro imobiliário e o cadastro é a exigência de comprovação de regularidade da construção, o *habite-se*, para que a construção tenha ingresso no álbum imobiliário [2]. Exigir a regularização de uma construção para que só assim ela possa ser retratada no álbum imobiliário, nos parece ser uma sanção política,

---

[1] Em 20 de março de 1997, a Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo, conjuntamente com a Egrégia Corregedoria-Geral da Justiça, o Prefeito Municipal de São Paulo, a Associação de Registradores Imobiliários de São Paulo, além dos dezoito registradores imobiliários da Capital, firmaram o Termo Aditivo de Acordo de Cooperação confirmando a intenção de intercambiar dados de interesse recíproco por meios eletrônicos. Passados mais de dezessete anos desde a celebração do convênio original, os Registros Prediais da Capital de São Paulo vêm intercambiando dados regularmente, com evidentes benefícios recíprocos e com a melhoria do serviço público.

[2] Na Jurisprudência vemos casos de exigência, apesar de não estar expressamente prevista em lei, como no caso do julgamento pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo da **Apelação Cível n. 0012955-74.2011.8.26.0100**. São Paulo, 21 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.kollemata.com.br/kollemata/integra.php?id=22558>. Acesso em: 23 jun. 2017.

GESTLEGAL

no mesmo molde das exigências de quitação de tributo exigidas como requisito para a atualização cadastral de empresas e venda de imóveis, já veementemente rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 173/DF em 2008.

Assim, entende-se que a melhor resolução para essa questão foi a dada pela Corregedoria do Estado do Rio de Janeiro, que assim dispôs em suas Normas de Serviço:

> Art. 587. A averbação de obra de construção civil (construção, reconstrução, demolição, reforma ou ampliação de prédios) será feita a requerimento do interessado, com firma reconhecida, instruído com documento comprobatório fornecido pela autoridade competente, observada a legislação previdenciária reguladora da matéria (ex.: certidão, alvará ou outro documento oficial fornecido pela Prefeitura Municipal). Parágrafo único. O pedido de averbação deverá ser instruído por certidão de *habite-se* ou guia do imposto predial, consignando-se, nesta segunda hipótese, que a averbação é feita sem a comprovação do *habite-se* [3].

A solução é simples: publiciza-se na matrícula a regularidade ou irregularidade da construção. A questão da irregularidade é resolvida de outra forma, com multas [4], e demais procedimentos a cargo da Prefeitura, mas o registro imobiliário espelha a realidade fática.

---

[3] RIO DE JANEIRO. Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Consolidação Normativa da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro:** Parte Extrajudicial. Disponível em: <http://cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/1038412/cncgj-extrajudicial.pdf?=v15>. Acesso em: 27 jun. 2017.

[4] Em Portugal, uma experiência parecida vem sendo experimentada desde a alteração do Código Predial em 2008, com a inclusão dos arts 8-A a 8-D e a imposição de multa para o não registro:

> Artigo 8.º-D *(Cumprimento tardio da obrigação de registar)*
>
> 1. A promoção do registo fora dos prazos referidos no artigo anterior determina o pagamento acrescido de quantia igual à que estiver prevista a título de emolumento, independentemente da gratuitidade, isenção ou redução de que o ato beneficie.
>
> 2. O disposto no número anterior não se aplica aos tribunais e ao Ministério Público.

Não se pretende com essas proposições esgotar e solucionar de maneira definitiva o problema do cadastro no Brasil, mas pensa-se que as alterações aqui sugeridas podem tornar o projeto de Lei em andamento uma medida muito mais efetiva nesse processo.

Afinal, a compatibilidade entre cadastro e registro é necessária para a adequada fruição dos direitos e deveres que emanam destes fatos jurídicos e, como se demonstrou nos últimos tópicos, também é viável, se surgir a adequada vontade legislativa.

4. A IMPORTÂNCIA DA IMPLEMENTAÇÃO DO REGISTRO ELETRÔNICO PARA A CONSECUÇÃO DA INTEGRAÇÃO ENTRE CADASTRO E REGISTRO IMOBILIÁRIO

É imperioso destacar a importância que a implementação do registro eletrônico de imóveis guarda no projeto de integração entre o cadastro e o registro imobiliário.

Como já se afirmou alhures, este trabalho terá por fim analisar a integração entre o cadastro urbano e o registro imobiliário, tendo em vista que a integração entre o registro de imóveis e o cadastro rural se encontra em outro patamar evolutivo.

Neste ano, a implementação, no âmbito do registro imobiliário, da descrição georreferenciada do imóvel rural no âmbito dos registros imobiliários (e da necessária e concomitante certificação do INCRA [5]) completou vinte anos [6]. Após essas duas décadas é possível constatar que a iniciativa do que se convencionou chamar de georreferenciamento rural foi um sucesso.

Disponível em: https://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/legislacao/docs-legislacao/codigo-do-registo-predial/ Acesso em 02/07/2019

[5] No estado de São Paulo o Conselho da Magistratura já assentou que a certificaçao do INCRA faz parte do proprio sistema descritivo implandado pela Lei 10.267/2001, de modo que nao é possivel que um imovel rural, seja descrito sem a certificaçao, ainda que pela sua área, o prazo para a descrição georreferenciada não seja obrigatório. Cf: https://www.kollemata.com.br/imovel-rural-desapropriacao-carta-de-adjudicacao-reingresso-prenotacao-prioridade-desapropriacao-mod.html

[6] O georreferenciamento obrigatório dos imóveis rurais foi levado a cabo pela Lei 10.267/2001.

A novidade não foi apenas a nova forma de descrever os imóveis, que passaram a obrigatoriamente ter as coordenadas de seus vértices definidores de limites atreladas ao Sistema Geodésico Brasileiro, mas a concomitante verificação da precisão posicional de tais vértices fixados pelo INCRA, órgão brasileiro responsável pelo cadastro de imóveis rurais.

A participação do INCRA na certificação da nova descrição imobiliária permitiu que as duas instituições, cadastro e registro, trabalhassem em parceria, com total preservação das atribuições do registro imobiliário, que continuou responsável pela tutela jurídica do bem imóvel. Nesse ponto, o decreto regulamentador da Lei 10.267/01 deixou claro, em seu §2.º do art. 9.º, que "a certificação do memorial descritivo pelo INCRA não implicará reconhecimento do domínio ou a exatidão dos limites e confrontações indicados pelo proprietário." O INCRA permaneceu apenas responsável pela formação da planta cadastral, e pela verificação de sobreposição das unidades imobiliárias previamente georreferenciadas.

Embora o georreferenciamento rural não seja o objeto de nosso estudo, alguns pontos acerca do contexto histórico de sua implementação merecem ser apontados, pois servirão de parâmetro para a nossa conclusão acerca da integração do registro com o cadastro urbano imobiliário. Afinal, nas palavras de José Reinaldo de Lima Lopes, precisamos ter "a consciência de que o direito, por se referir à ação, é necessariamente inserido no tempo [7]."

É possível afirmar que a implementação da exigência da descrição georreferenciada, e da necessária verificação das sobreposições das unidades imobiliárias a cargo do INCRA, ocorreu no contexto do combate à grilagem de terras de nosso país [8]. Nos anos 2000,

[7] LOPES, J. R. de L. História do direito: sua (re)introdução e função nos cursos jurídicos. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 113, p. 21-44, 2018. DOI: 10.11606/issn.2318-8235.v113i0p21-44. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/156523. Acesso em: 17 dez. 2021.

[8] Nas palavras do INCRA, "a expressão grilo, empregada para definir as terras apropriadas e registradas ilegalmente, vem de um antigo artifício utilizado para dar a documentos novos a aparência de velhos. Para tanto, os fraudadores de títulos imobiliários colocavam os falsos documentos recém elaborados em uma caixa metálica ou de madeira juntamente com diversos grilos, fechando-a em

foi criada uma Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a ocupação de terras públicas na Região Amazônica. A Comissão foi criada a partir da iniciativa do Deputado Sérgio Carvalho [9]. Diversas iniciativas se desdobraram a partir da implementação da CPI, para que se esclarecessem as reais causas das grilagens de terras brasileiras.

É importante assinalar, para a justa e devida compreensão da matéria, que o problema de descrição da propriedade imobiliária brasileira não é uma imperfeição criada pelo sistema registral, mas uma falha decorrente da própria história imobiliária brasileira.

Desde a época do sistema de sesmarias, a demarcação imobiliária era uma deficiência presente nas terras pátrias, pois, dentre outros problemas, havia diferentes significações das medidas de léguas na época [10], resultando em total incerteza acerca das demarcações das ocupações, gerando inúmeros latifúndios improdutivos e disputas sobre a dominação da terra [11].

Implementar um sistema registral num país de terras precariamente demarcadas é um grande desafio, principalmente se pensarmos que a determinação do imóvel é essencial para o funcionamento do sistema. Nessa linha, a lição de Serpa Lopes:

> Característicos e confrontações do imóvel. Podemos asseverar, sem receio de contestação, tratar-se de um dos mais importantes

---

seguida. Depois de algumas semanas, os documentos já apresentavam manchas amarelo-fosco-ferruginosas, decorrentes dos dejetos dos insetos, além de ficarem corroídos nas bordas e com pequenos orifícios na superfície, tudo a indicar a suposta ação do tempo. O exemplo acima, naturalmente, faz parte de uma tradição ingênua há muito superada por artifícios mais sofisticados desenvolvidos quase sempre às margens do poder econômico." Confira em: https://cartorios.org/2000/04/20/fraudes-em-cartorios/

[9] https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=42064

[10] "O medidor enchia seu cachimbo, acendia-o e montava no cavalo, deixando que o animal marchasse ao passo; quando o cachimbo se apagava, acabado o fumo, marcava uma légua" (PORTO, José Antônio da Costa. Um sertanejo e o sertão: Sistema Sesmarial no Brasil. Brasília: UnB, 1978).

[11] MENDES, Ubirajara Carlos. Sesmarias — uma dádiva do rei. 1988. Disponível em: http://www. uel.br/revistas/uel/index.php/seminasoc/article/view/8914/7868. Acesso em: 27 mar. 2020.

requisitos, não somente porque, como os demais, representa um dos elementos integrantes da própria transcrição, senão também por estar destinado a representar e desempenhar papel de grande relevo, no sentido de dar ao Registo Imobiliário uma das peças necessárias ao fim a que se destina: a certeza do domínio.

Falha a nossa organização com a ausência do elemento cadastral, a exigência da consignação dos característicos e confrontações do imóvel, se bem compreendida for pelo oficial do Registo, e precipuamente pelos juízes e Tribunais do nosso País, às vezes, força é dizê-lo, tão desprendidos de interesse, severidade e preocupação pelo que se relaciona com o Registo de Imóveis, dispensando facilmente o que deveriam exigir rigorosamente, teria a vantagem de suprir, quase completamente, a deficiência cadastral [12].

As falhas de descrição e a ausência de um mapeamento das propriedades não passaram despercebidas por pessoas portadoras de conhecimento e má-fé, que contribuíram para aquilo que, no Brasil, passou-se a chamar de grilagem de terras: processo por meio do qual se originam títulos falsos para ingresso no registro imobiliário. Conforme já se assinalou, é preciso sempre ter em mente que não é o registro de imóveis o responsável pelo problema alcunhado de grilagem. Nas palavras de Sérgio Jacomino:

Conseqüência inevitável e desaguadouro incontornável das fraudes, os cartórios de registro de imóveis são o último elo de uma extensa cadeia. Acabam se tornando o grande vilão do consilium fraudis tramado muito anteriormente pela chicana dos espertalhões. Sem a mínima condição de recusar títulos judiciais aparentemente hígidos, e sem qualquer meio para apurar a superposição de glebas, os documentos acabam ingressando nos registros imobiliários e produzindo essas excrescências que parecem escandalizar o Sr. Ministro [13].

As falhas decorrentes do sistema histórico de descrição das propriedades geraram um excesso de grilagem no âmbito da chamada Amazônia

[12] SERPA LOPES, Miguel Maria. Tratado de Registos Públicos. vol. IV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 4. ed. 1961, p. 429-430.

[13] Confira em: https://cartorios.org/2000/04/20/fraudes-em-cartorios/

legal, o que levou o Conselho Nacional de Justiça, em 2009, a designar inspeção junto às Varas Agrárias e Varas responsáveis pelos registros públicos e nos serviços notariais e de registros do Estado do Pará [14]. Entre outros considerandos, que fizeram parte da publicação do provimento, constou que o Estado do Pará possui grande extensão territorial e preocupante histórico de conflitos fundiários" e a preocupação com "os dados já fornecidos pela Comissão Permanente de Combate à Grilagem instituída pela Presidência do Tribunal de Justiça do Pará".

As constatações levantadas nas correições da Amazônia legal levaram à criação, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, do Fórum de Assuntos Fundiários, de caráter nacional e permanente, destinado ao monitoramento dos assuntos pertinentes a essa matéria e à resolução de conflitos oriundos de questões fundiárias, agrárias ou urbanas, por meio da Resolução 110 de 06 de abril de 2010 [15].

Entre outros considerandos presentes na resolução, é imperioso destacar os seguintes:

> **CONSIDERANDO** que as questões de caráter fundiário envolvem demandas de interesse coletivo, que precisam ser solucionadas pelo Judiciário ou por seus serviços auxiliares de notas e de registro, delegados ou oficializados, sob sua fiscalização por expressa disposição constitucional;
>
> **CONSIDERANDO** ainda a importância de se encontrar meios para a resolução de conflitos de caráter fundiário, oriundos de questões que envolvem milhões de jurisdicionados no país, quer no campo ou nas cidades, o que exigem do Poder Judiciário a busca de soluções eficazes e também a interlocução entre outros segmentos do Poder Público.

Prevê o art. 2.º da Resolução o seguinte:

> Art. 2.º Caberá ao Fórum:
> (...)

(14) https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2009/09/portaria_n_151.pdf
(15) https://atos.cnj.jus.br/files/compilado011316202007095f066f2c171f9.pdf

> IV — o estudo, a regulação, a organização, a modernização e o monitoramento da atividade dos cartórios de registro de imóveis de questões relacionadas à ocupação do solo rural e urbano, inclusive a proposição de medidas e de normatização da atividade de registro sujeita à fiscalização do Poder Judiciário, sempre que isso se fizer necessário ao aprimoramento dos serviços para assegurar a segurança jurídica.

Ao acompanharmos a linha do tempo das ações que se desenrolaram ao longo do combate à grilagem de terras, em especial no âmbito da Amazônia legal, verifica-se como ato também relevante ao nosso estudo, a publicação da portaria N-94, de 21 de dezembro de 2010, por meio da qual se criou a Comissão Especial para Gestão Documental do Foro Extrajudicial, "com o objetivo de propor ações e procedimentos para a modernização, organização e gestão documental dos acervos dos Cartórios de Registro de Imóveis da Amazônia Legal, de conformidade com os dispositivos previstos na Resolução n.º 110, de 6 de abril de 2010, do Conselho Nacional de Justiça [16]."

Se esticarmos ainda mais a linha do tempo das ações que tocam o registro de imóveis, podemos encontrar a publicação da Lei 11.977, de 2010, que prevê em seu art. 37 a obrigação legal, imposta aos registradores imobiliários, de instituição do registro eletrônico e, em seu art. 41, a obrigação de disponibilização de informações registrais ao Poder publico por meios eletrônicos.

Sérgio Jacomino ao comentar os objetivos da nova Lei aponta que:

> Na base das reformas, acha-se a percepção de que o modelo de registros atomizados, espraiados por todo o território nacional — ofícios descoordenados, desarticulados, precariamente interligados e conectados —, já não responde às necessidades sociais e da própria Administração Pública. Busca-se obter celeridade e segurança no acesso às informações.

[16] https://www.gov.br/conarq/pt-br/acesso-a-informacao/portarias-conarq-1/portaria-no-94-de-21-de-dezembro-de-2010

> O art. 38, parágrafo único, da Lei, reza que os registros deverão disponibilizar "serviços de recepção de títulos e de fornecimento de informação e certidões em meio eletrônico".
>
> Até aqui a Lei parece indicar que os cartórios passariam a agregar novos e poderosos recursos tecnológicos que os permitiriam superar, na prática, o paradigma da *atomização*, substituindo-o por outro, o da *molecularização* de todo sistema registral.

A implementação do registro de imóveis eletrônico está em movimento de implementação, e sua regulamentação está prevista no recente provimento 89/2019 editado pelo Conselho Nacional de Justiça [17].

Após traçar essa pequena linha do tempo, o que pretendemos demonstrar é que as ações de combate à grilagem de terras acabaram culminando na exigência de meios que proporcionem ao registrador imobiliário uma maior capacidade de aferir a determinação dos imóveis que estão sob sua tutela jurídica. A busca de integração entre o cadastro e o registro de imóveis ajuda nessa tarefa e acaba desembocando na implementação do registro eletrônico, que embora não seja condição *sine qua non* para o intercâmbio de informações entre a administração publica a instituição registral, facilita sobremaneira essa tarefa.

Anote-se que implementar o intercâmbio de informações entre registro e órgãos cadastrais não significa defender, em nenhuma hipótese, a formação de bancos de dados paralelos por órgão criado pela administração publica, ao lado daqueles dados já bem tutelados pelo registro imobiliário. Quando falamos de cadastro e registro, a delimitação da competência das organizações envolvidas na tutela da propriedade imobiliária está muito bem delimitada pelo Direito, e a replicação de informações de competência do registro imobiliário, além de ser inconstitucional em nosso país [18] (assunto que nos desincumbiremos de aprofundar

---

[17] Confira em: https://atos.cnj.jus.br/files/original173255201912195dfbb44718170.pdf

[18] O exercicio em carater privado dos serviços notariais e registrais está previsto no art. 236 da Constituiçao Federal. Ademais, a tutela jurídica da propriedade imóvel, por agente delegatário que não possui cargo público — mas apenas exerce função pública — garante que a tutela de seus direitos não sofrerá influxos do sistema político. Fernando Méndez González relembra que uma das primeiras atitudes de Ariel Sharon, quando se tornou primeiro Ministro de Israel, foi de queimar os Registros de Propriedade Palestina. Assim, nenhum palestino poderia confirmar, ou defender seus

GESTLEGAL

nesse trabalho, por transbordar o âmbito da pesquisa), é antieconômica. Nesse sentido já se manifestou o Tribunal de Contas da União ao defender o estabelecimento dos limites de atuação das diversas instituições cadastrais que tratam da organização territorial rural para evitar sobreposições, conflitos e duplicidade de esforços [19]:

> A legislação define as atribuições relacionadas à organização do território à diversos órgãos e instituições como por exemplo o Ministério da Integração Nacional, o Ministério do Meio Ambiente, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) e a Fundação Nacional do Índio (Funai), porém não há definição clara dos limites de atuação entre eles, o que pode resultar na sobre — posição de competências e de atuação, desperdício de recursos públicos, materiais e humanos, além de conflitos entre os diversos ordenamentos de áreas não urbanas.
>
> (...)
>
> Como benefícios do estabelecimento das competências e dos limites de atuação dos diversos órgãos governamentais no seguimento de organização e ordenamento do território nacional, em áreas não urbanas, espera-se evitar a sobreposição de competências e de ações, otimizando recursos públicos e potencializando efeitos e impactos das políticas públicas executadas. A definição clara dos limites de atuação dos diversos órgãos que

direitos sobre propriedade imobiliária. GONZÁLEZ, Fernando Méndez. Registro Público de Imóveis Eletrônico: riscos e desafios. São Paulo: Quinta Editorial, 2012. p. 31. Ainda, demonstrando a importância de se garantir que a execução dos sistemas registrais não fique a cargo diretamente pelo Estado, relembre-se o fato de que na Turquia há um museu dedicado à historia de um registrador do império Otomano, que no século XVIII foi morto pelo Sultão Mahmud-I, ao se negar a entregar os livros do cartório. O registrador se negou a entregar o acervo, alegando que não iria descumprir as tradicionais leis do império. Após a execução, o Sultão, aconselhado pelo Grande Vizir, se arrependeu e ordenou que o registrador fosse enterrado em um jardim no prédio do Registro e em sua lápide fez constar: "aquele que preferiu morrer a contar um segredo". Confira em https://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/u848/yayinlarimiz/6-OSMANLI%27DAN%20G%DCN.T.AR%DE%DDV%20%20%DDNG%DDL%DDZCE.pdf @ Sultanahmet Meydanı Süs Havuzu

[19] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório de Auditoria n. 011.713/2015-1.** Brasília, 05 de agosto de 2015. Relator: Walton Alencar Rodrigues.

> exercem atividades nessas áreas poderá facilitar a coordenação das políticas públicas em nível Federal com políticas públicas estaduais e municipais. (grifo nosso).

A conclusão a que chegamos nesse capítulo é que a implementação do registro imobiliário eletrônico facilita o intercâmbio entre registro e cadastro, relação que se mostra produtiva para tutela do direito de propriedade. O intercâmbio dessas informações não implica (e não deve implicar), em nenhum momento, em diminuição das competências do registro imobiliário, nos moldes em que ocorreu com o intercâmbio de informações das propriedades imóveis rurais ocorrido em nosso país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Esclarecer questões linguísticas é essencial para o trato de qualquer tema no mundo jurídico. Quando se trata de cadastro territorial, vários profissionais são chamados para a resolução do tema: agrimensores, engenheiros, geólogos. É preciso tentar fazê-los estabelecer um discurso nos mesmos termos linguísticos para que a questão possa ser resolvida de maneira satisfatória.

2. A partir do uso da teoria da linguagem, conclui-se que não é possível avançar na integração do cadastro e do registro sem que se estabeleçam os signos próprios e estáveis que devem ser utilizados no discurso base e seus respectivos significados.

3. O registro é um fato jurídico, logo, é um fenômeno do mundo exterior sobre o qual a norma jurídica decidiu incidir. Da mesma forma, o é o cadastro. Quando a norma jurídica resolve incidir sobre fatos, tornando-os fatos jurídicos, está em busca de efetiva incidência jurídica. Na confrontação de signos que pertencem ao mesmo grupo conceitual de normas jurídicas, neste caso o grupo que regula o direito de propriedade, exige-se a compatibilidade, sob pena de afastamento da pretendida incidência jurídica.

4. Um registro de imóveis alinhado a uma planta cadastral bem definida gera mais segurança, facilita o tráfego imobiliário e melhora vários sistemas, como o da execução civil.

GESTLEGAL

5. O tema tratado pelo projeto de Lei em exame, deve ser tratado por Lei federal, pois um cadastro bem estruturado é um cadastro, no mínimo, nacionalmente unificado.

6. O projeto de Lei federal em exame não invade a competência dos municípios, pois elaborado com base na competência da União prevista no inciso XVIII do artigo 22 da Constituição Federal.

7. O termo "parcela" utilizado no projeto de Lei em exame deve ser alteração pelo termo "unidade administrativa", previsto na ISO 19152. A uniformização do cadastro é uma busca mundial e uma ISO já foi editada buscando pacificar o tema. Não parece haver razões para não adotar a nomenclatura sugerida pela ISO.

8. O registro deve espelhar as alterações do cadastro, devendo-se exigir, como requisito para a alteração cadastral — como no caso de desdobros ou unificações — a prévia alteração registral, com exceção dos casos em que a serventia competente atestar que não pode precisar os limites objetivos da área objeto de cadastro.

9. O cadastro não deve limitar o registro. Ora, o cadastro não é um fim em si mesmo. Ele existe para melhorar o aproveitamento territorial e para fins fiscais. Já o Registro Imobiliário existe para o fim de garantir a segura circulação segura da riqueza imobiliária. O cadastro não pode impedir essa circulação econômica, como se a sua própria existência justificasse a sua importância. Por isso, sugere-se também a retirada de requisitos que dificultam o acesso de informações ao registro de imóveis, como a exigência de *habite-se* para a averbação de construção — prática que tem sido efetivada em alguns estados. Essa última proposta deve servir como exemplo para se evitar outras tendências cadastralistas que tem surgido, como a de sujeitar a transferências de imóveis rurais ao cadastro ambiental.

10. Não se afirma a desimportância do cadastro, ou a desnecessidade de sua exigência, apenas se sugere que seja feito o uso de outros instrumentos de coação, como a cobrança de multa ao invés de se travar as transações imobiliárias do país.

11. A utilização compulsória do sistema geodésico no cadastro urbano é uma solução que se propõe. Sugere-se que tal sistema não seja utilizado apenas para a descrição, pois tal medida pouco contribuiria para o melhoramento efetivo do sistema, propondo que abranja

também a verificação de superposição de parcelas, tal como o SGB vem sendo utilizado no cadastramento rural.

12. Sugere-se a aprovação do projeto de Lei 3.876/2015 com as modificações aqui propostas.

13. A implementação do registro imobiliário eletrônico facilita o intercâmbio entre registro e cadastro, relação que se mostra produtiva para tutela do direito de propriedade. O intercâmbio dessas informações não implica (e não deve implicar), em nenhum momento, em diminuição das competências do registro imobiliário, nos moldes em que ocorreu com o intercâmbio de informações das propriedades imóveis rurais ocorrido no Brasil.

BIBLIOGRAFIA

Arruda, Ridalvo Machado de, *Conceitos de imóvel rural: aplicação na certificação do INCRA expedida no memorial descritivo georreferenciado*, disponível em: <http://www.irib.org.br/files/obra/4108_integra.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2017

Arruñada, Benito, *La Contratación de Derechos de Propiedad: Un Análisis Económico*. Madrid: Fundación Beneficentia Et Peritia Iuris, 2004

Azevedo, José Mário Junqueira de, *Do Registro de Imóveis*. São Paulo: Saraiva, 1976

Barros, Henrique de Gama, *História da Administração Pública em Portugal nos séculos XII a XV*, v. 8. Direção Torquato de Souza Soares 2. ed. Lisboa: Sá da costa, 1945

Beviláqua, Clóvis, *Direito das Coisas*. Coleção História do Direito Brasileiro. v. I. Brasília: Senado Federal, 2003

Código Civil Comentado, Rio de Janeiro: Francisco Alves, v.1, 1956

Brandelli, Leonardo, *Aplicação do Princípio da Tutela da Aparência Jurídica ao Terceiro Registral de Boa-fé: Aspectos Jurídicos e Econômicos*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013

Brasil — Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, *Mapeamento Topográfico: Produtos*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/geociencias/cartografia/topo_doc3.shtm>. Acesso em: 22 mar. 2017

Ministério das Cidades, *Programa Nacional de Capacitação das Cidades*. Disponível em: <http://www.capacidades.gov.br/pg/oprograma/quemsomos>. Acesso em: 20 jun. 2017

Câmara dos Deputados, *Projeto de Lei n. 3.876, de 7 de dezembro de 2015*. Estabelece normas para elaboração do cadastro territorial dos municípios e dá outras providencias. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2058449>. Acesso em: 20 jun. 2017

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, *Geodésia*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/geociencias/geodesia/default_sgb_int.shtm>. Acesso em: 22 jun. 2017

Tribunal de Contas da União, *Relatório de Auditoria n. 011.713/2015-1*. Brasília, 05 de agosto de 2015. Relator: Walton Alencar Rodrigues

Cacciatore, Miguel Angel, *Lecciones de Derecho Registral*. Montevideo: Barreiro y Ramos, 1986

Cahali, Francisco José, Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes, *Curso Avançado de Direito Civil: Direito das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

Carneiro, Andrea Flávia Tenório, Erba, Diego Alfonso Erba, Augusto, Eduardo Agostinho Arruda, "Cadastro multifinalitário 3D: conceitos e perspectivas de implantação no Brasil", *Revista da Sociedade Brasileira de Cartografia, Geodésia, Fotogrametria e Sensoriamento Remoto — SBC*, n. 64/2, abr. 2012; *Uma Proposta de Reforma Cadastral Visando a Vinculação entre o Cadastro e o Registro de Imóveis*. 2000. Tese (Doutorado em Engenharia de Produção) — Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000

Carvalho, Afrânio de, *Registro de Imóveis*. Rio de Janeiro: Forense, 1982

Carvalho, Paulo de Barros, *Direito Tributário: Linguagem e Método*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015; *Para uma Teoria da Norma Jurídica: Da Teoria da Norma à Regra-matriz de Incidência Tributária*. Disponível em: <http://www.ibet.com.br/para-uma-teoria-da-norma-juridica-da-teoria-da-norma-a-regra-matriz-de-incidencia-tributaria-por-paulo-de-barros-carvalho/>. Acesso em: 10 mar. 2017

Ceneviva, Walter, *Lei de Registros Públicos Comentada*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1997

Costa, Mário Júlio de Almeida, *História do Direito Português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000

Diniz, Mana Helena, *Código Civil Anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010; *Sistema de Registro de Imóveis*. 9. ed. Saraiva: São Paulo, 2010; *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. VI

Dip, Ricardo, Mendéz González, Fernando P., Jacomino, Sérgio, *Registro Público de Imóveis Eletrônico: Riscos e Desafios*. São Paulo: Quinta editorial, 2012; et. al. *Registros Públicos e Notas* — Conselho Nacional de Justiça: Atos Normativos Apontados Gestão Min. Nancy Andrighi. São Paulo: Quinta Editorial, 2015

Federação Internacional dos Geômetras, FIG. *The Bogor Declaration: United Nations Interregional Meeting of Experts on the Cadastre*. Bogor, 18-22 mar. 1996. Disponível em: <http://www.fig.net/commission7/reports/bogor/BogorDeclaration.html>. Acesso em: 23 mar. 2017; *Statement on the Cadastre*. Disponível em: <http://www.fig.net/commission7/reports/cadastre/statement_on_cadastre.html>. Acesso em: 12 jun. 2017

FERRAZ JR., TÉRCIO SAMPAIO, *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008

GAMA, TÁCIO LACERDA DA, *Competência Tributária: Fundamentos para uma Teoria da Nulidade*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2011

GANDOLFO, MARIA HELENA LEONEL, *Reflexões sobre Matrícula 17 anos Depois*. Blumenau: [s.n.], 1993; "O Direito Registral Imobiliário Brasileiro: Princípios Gerais". *In: Registro de Imóveis: Estudos de Direito Registral Imobiliário. XXVII Encontro de Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil* — Vitória/2000. Porto Alegre: SAFe, 2002

GARCIA, ROMAY CONDE, *Cadastro Técnico Multifinalitário e os Desafios das Prefeituras*. Disponível em: <http://www.uff.br/sigcidades/images/Romay/CadTec_Sigcidades.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2017

GOMES, ORLANDO, *Direitos Reais*. 19. ed. Atualização Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004

GRAU, EROS ROBERTO, "Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus". *Revistas da USP*, São Paulo, v. 77, 1982, p. 177-183. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66950/69560>. Acesso em: 06 fev. 2017

GRIZ, RODRIGO LEAL, *Isenção Tributária: Fundamentos para uma Teoria do Fato Jurídico Tributário*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2012

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION, ISO. *ISO 19152:2012*. Disponível em: <https://www.iso.org/standard/51206.html>. Acesso em: 11 jun. 2017

JACOMINO, SÉRGIO. *Registro e Cadastro, Uma Interconexão Necessária*. Disponível em <https://cartorios.org/2000/10/17/registro-e-cadastro-uma-interconexao-necessaria>. Acesso em: 05 mar. 2017; "O SINTER é um divisor de águas". *Cartórios. org*, 4 nov. 2016. Disponível em: <https://cartorios.org/tag/sinter/>. Acesso em: 17 jun. 2017

JURISPRUDÊNCIA REGISTRAL E NOTARIAL, *Apelações Cíveis n. 10.095-0/0, 19.176-0/6, 20.852-0/4, 24.216-0/1, 40.014-0/7, 88.057-0/3, 990.10.261.172-8*. Disponível em: <www.kollemata.com.br>. Acesso em: 05 jun. 2017

KAUFMANN, J., STEUDLER, D., *Cadastre 2014, A Vision for Future Cadastral System*. FIG — Working Group 1 of Commission 7, 1998

KRYNEN, JACQUES, "La mort saisit le vif. Genèse médiévale du principe d'instantanéité de la succession royale française". *Journal des Savants*, 1984, n. 3-4, p. 187-221. Disponível em: <http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/jds0021-81031984num311482>. Acesso em: 17 nov. 2012

LAGO, IVAN JACOPETTI DO, *História da Publicidade Imobiliária no Brasil*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008

LEITE, EDUARDO DE OLIVEIRA. *Comentários ao Novo Código Civil*. Coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. XXI

LOPES, J. R. DE L., "História do Direito: sua (re)introdução e função nos cursos jurídicos". *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, [S. l.], v. 113, p. 21-44, 2018. DOI: 10.11606/issn.2318-8235.v113i0p21-44. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/156523. Acesso em: 17 dez. 2021

LOPES, MIGUEL MARIA DE SERPA, *Tratado de Registros Públicos*, v. II. 6. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996

——,*Tratado de Registos Públicos. vol.* IV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 4. ed. 1961, p. 429-430

MARICATO, ERMÍNIA, *Metrópole na Periferia do Capitalismo*. São Paulo: Hucitec, 1996

MELO FILHO, ÁLVARO, *Princípios do Direito Registral Imobiliário*. Disponível em: <https://arisp.files.wordpress.com/2008/06/008-melo-principios.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2016

MENDES, GILMAR FERREIRA, BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET, *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

MENDEZ, FERNANDO P., "Entrevista". *Registradores de España*, Colégio de Registradores, n. 78, p. 20, out. 2016

NEDÉZ GONZÁLEZ, FERNANDO P., "Registro de la Propiedad y desarrollo de los mercados de crédito hipotecário". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 700, p. 571-618, mar./abr. 2017

——,*Registro Público de Imóveis Eletrônico:Riscos e Desafios*. São Paulo: Quinta Editorial, 2012. p. 31

NALINI, JOSÉ RENATO, "A Matrícula e o Cadastro no Registro Imobiliário". *Revista de Direito Imobiliário*, v. 37, p. 17-26, 1996

NOVELLINO, MARIA SALET FERREIRA, "A linguagem como meio de representação ou de comunicação da informação". *Perspect. cienc. inf.*, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, p. 137 — 146, jul./dez.1998

ORDENAÇÕES AFONSINAS, *Collecção da Legislação Antiga e Moderna do Reino de Portugal, parte I — da Legislação Antiga — por resolução de S. Magestade de 02 de setembro de 1786*. Coimbra: Real Imprensa da Universidade de Coimbra, 1797. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, ONU — *ONU-Habitat*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/agencia/onuhabitat/>. Acesso em: 20 jun. 2017

PEIRO, NICOLÁS NOGUEROLES, "La evolución de los sistemas registrales en Europa". *Revista de Direito Imobiliário*, n. 61, ano 29 jul./dez. 2006

PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA, *Instituições de Direito Civil*. 18. ed. Atualização Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004

——,*Instituições de Direito Civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. VI

REGISTRO DE IMÓVEIS, "Sinter será o único instrumento de controle das informações repassadas à Receita Federal". *Boletim Informativo SINOREG-PR, n.* 17, 17 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.sinoregpr.org.br/boletim17_2.html>. Acesso em: 15 jun. 2017

REVISTA REGISTRADORES DE ESPAÑA, n. 78, ed. V, Época, dez./ 2016

RIO DE JANEIRO. CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, *Consolidação Normativa da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro:* Parte Extrajudicial. Disponível em: <http://cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/1038412/cncgj-extrajudicial.pdf?=v15>. Acesso em: 27 jun. 2017

RODRIGUES, ADRIANO DUARTE, *As dimensões da pragmática na comunicação*. Rio de Janeiro: Diadorim,1995

SANTOS, JUCIELA CRISTINA DOS, FARIAS, EDLA SIQUEIRA DE, CARNEIRO, ANDREA FLÁVIA TENÓRIO —"Análise da parcela como unidade territorial brasileira". *Boletim de Ciências Geodésicas*, Curitiba, v. 19, n. 4, out./dez. 2013

SÃO PAULO (CIDADE). CONSELHO MUNICIPAL DE TRIBUTOS, *Processo n. 2015-0.277.963-0*. Disponível em: <http://www.prefeitura.sp.gov.br>. Acesso em: 20 jun. 2017

SÃO PAULO. CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, *Decisão n. 001931/98*. São Bernardo do Campo, 02 de março de 1999. THEASURUS, IRIB, 2005, 4, CD-ROM

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, *Proc. CG n. 72.802/2011*. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 30 abr. 2017

CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, *Provimento n. 58/1989*. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 25 jun. 2017

SARMENTO FILHO, EDUARDO SÓCRATES CASTANHEIRA, "O Direito Registral Imobiliário e os seus sistemas". *Boletim do Instituto do Registro de Imóveis*, São Paulo, n. 350, p. 124-129, set./2014

SASTRE, RAMÓN MARIA ROCA, *Derecho Hipotecario*. Tomo II. Barcelona: S.A. Bosch, 1998; SILVA, I.; ERWES, H.

SEGANTINE, P. C. L., *Introdução à Geomática*. São Carlos: Escola de Engenharia de São Carlos da Universidade de São Paulo, [s.d.]

SILVA, JOSÉ AFONSO DA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015

SILVA JÚNIOR, JOÃO JOSÉ, "O laudêmio e sua juridicidade". *TV Justiça/STF*, fev. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Jose_da_Silva_Junior.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2016

SINTER — SISTEMA NACIONAL DE GESTÃO DE INFORMAÇÕES TERRITORIAIS *Texto Base Seminário SINTER: Rede de Gestão Integrada de Informações Territoriais*. Brasília, 23 de setembro de 2013. Disponível em: <https://arisp.files.wordpress.com/2010/11/texto-base-seminario-sinter-rede-de-gestao-integrada-de-informacoes-territoriais.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2017

SOLANO, ANTONIO MANZANO, *Derecho Registral Inmobiliario*. v. I

TARTUCE, FLÁVIO, *Manual de Direito Civil:* volume único. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016

SIMÃO, JOSÉ FENANDO, *Direito Civil. Direito das Coisas*. 2. ed. v. 4. São Paulo: Método, 2010

TAVARES, ANDRÉ RAMOS, *Consulta sobre o Decreto Presidencial n. 8.764/2016*. Brasília: Associação de Magistrados Brasileiros — AMB, 2017

TOMÉ, FABIANA DEL PADRE, *A Prova no Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2011

TRASK, R. L., *Dicionário de Linguagem e Linguística*. Tradução Rodolfo Ilari. Revisão técnica Ingedore Villaça Koch e Thais Cristófaro Silva. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2006

VALENTE, GILBERTO, "A matrícula". *XX Encontro dos oficiais de registro de Imóveis do Brasil — Encontro Maria Helena Leonel Gandolfo*. Blumenau, 2002

VITA, JONATHAN BARROS, *Tributação do Câmbio*. São Paulo: Quartier Latin, 2008

WHITAKER, JOÃO, "A cidade para poucos: breve história da propriedade urbana no Brasil". *Anais do Simpósio "Interfaces das representações urbanas em tempos de globalização"*, UNESP Bauru e SESC Bauru, 21 a 26 de agosto de 2005

WILLIAMSON, I. P., "A modern cadastre for New South Wales". *UNISURV Report S23*, University of New South Wales, Kensington, Australia, 1983

WOLF, MARTIN, *Derecho de Cosas*. Volumen primeiro. Bosch: Barcelona, [s.d.]

APUNTES SOBRE LA HIPOTECA (PERÚ)

LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA (*)

A SÉRGIO JACOMINO — AMIGO, MAESTRO Y COMPAÑERO DE VIAJES Y JORNADAS ACADÉMICOREGISTRALES.

SUMARIO: PRELIMINARES. 1. LA RELACIÓN CREDITICIA Y EL ROL DE LA HIPOTECA COMO SEGUNDA FUENTE DEL PAGO. 2. LA HIPOTECA Y SUS NOTAS CARACTERÍSTICAS. 3. PROBLEMAS ACTUALES DE LA HIPOTECA

PRELIMINARES

En estas últimas décadas se han intensificado notablemente en el Perú los estudios y debates en torno a la hipoteca, considerando su importancia como instrumento de acceso al crédito y la necesidad de su modificación.

Así, podemos mencionar la publicación del documento de trabajo denominado "Facilitando el acceso al crédito mediante un sistema eficaz de garantías reales" (1) — elaborado por un grupo de especialistas por encargo del Ministerio de Economía y Finanzas —, mediante la cual se buscaba *"rediseñar un sistema de garantías reales eficiente que reduzca los costos de transacción y que permita una rápida y efectiva recuperación de los créditos"* (2).

(*) Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad San Martin de Porres (Posgrado). Vocal del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. Estudios de especialización en el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España.

(1) Documento publicado en el diario oficial "El Peruano" del 16.7.2001.

(2) Véase además, "Mucho ruido, pocas nueces: sobre cómo nuestro sistema legal desincentiva el crédito", del Grupo de Investigación de la Revista "Ius et Veritas" de

GESTLEGAL

De otro lado, la conformación — a lo largo del tiempo — de diferentes Comisiones encargadas de elaborar Anteproyectos de Ley de Reforma del Código Civil; destacable la creada mediante Ley 26394 del 18.11.1994, presidida por Jorge Avendaño Valdez y cuya Sub Comisión de Derechos Reales planteó incorporar una nueva clasificación de bienes modificando el régimen legal de transferencia de derechos de propiedad y constitución de gravámenes, siendo que los bienes se clasificarían en corporales e incorporales, a su vez los bienes corporales en muebles o inmuebles, además de los bienes registrados y no registrados, considerándose así registrados todos aquellos que estén incorporados a algún registro jurídico [3] [4], tratándose de estos últimos, se precisó que *"será el Registro el que definirá toda cuestión que pueda suscitarse, de modo que en la eventualidad de que alguien celebre sucesivamente diversos actos de disposición sobre un mismo bien registrado, tendrá trascendencia sólo el acto que hubiera quedado inscrito, dado el carácter constitutivo de la inscripción. Antes del Registro no habrá nada"* [5]; destacable también la última Comisión designada mediante Resolución Ministerial 0300-2016-JUS y que fuera presidido por Gastón Fernández Cruz, que incorpora sustantivas reformas a la regulación de la hipoteca y en cuanto al artículo 1097 se precisa que además de la persecución y preferencia, el acreedor hipotecario goza del derecho de "ejecución" del bien hipotecado, término más amplio y que reemplazaría a la limitativa expresión "venta judicial...", al igual que algunos regímenes especiales que contemplan formas de ejecución distintos a la judicial, como el título de crédito

---

la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; N.° 25, año XIII, p. 418.

[3] Avendaño, Jorge. "Algunas reformas del Libro de Reales del Código Civil" En: "El Código Civil del Siglo XXI (Perú y Argentina)". Lima — Palestra Editores S.R.Ltda., tomo I, año 2001, p. 609.

[4] Avendaño, Francisco. "Reforma del Libro de los Derechos Reales en el Código Civil Peruano" En: "El Código Civil del Siglo XXI (Perú y Argentina)". Lima — Palestra Editores S.R.Ltda., tomo I, año 2001, p. 6019.

[5] Cárdenas, Carlos. "Registros Públicos, clasificación de los bienes y transferencia de la propiedad (del Código Civil de 1852 a la reforma del Código Civil de 1984)", En: "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, Año LXXVII. Setiembre-Octubre 2001, Num. 667, p. 1930.

hipotecario negociable, las garantías hipotecarias para programas de viviendas, etc.

1. LA RELACIÓN CREDITICIA Y EL ROL DE LA HIPOTECA COMO SEGUNDA FUENTE DE PAGO

1.1. Sin duda el crédito juega un rol trascendental en el crecimiento económico del país y en su reactivación, por lo que — amén de otras medidas —, debería evaluarse si nuestro ordenamiento jurídico facilita efectivamente el acceso y garantiza la tutela del crédito y cuáles son los eventuales factores distorsionantes que impiden su adecuado desarrollo, problema que compromete a la sociedad en su conjunto y la solución no es únicamente legal — sin dejar de ser importante —, pues existen otros factores que también influyen como el riesgo-país, la inflación, la devaluación, los niveles de competencia, la informalidad, la corrupción, la cultura del no pago, etc. ("Facilitando el acceso al crédito mediante un sistema eficaz de garantías reales").

1.2. Toda operación o relación de crédito implica confianza (como negocio "fiduciario" se sustenta en la confianza de la persona del deudor), plazo (la ejecución de la contraprestación del deudor se realiza en forma posterior y en armadas o cuotas) y riesgo (riesgo del incumplimiento del deudor) ("no hay crédito sin riesgos", reza el refrán).

En ese sentido, la tasa de interés (sumatoria de costos operativos, financieros y de riesgo) es directamente proporcional al riesgo asumido; por ejemplo, el crédito de consumo (tarjeta de crédito) genera una mayor tasa de interés que el crédito hipotecario o vehicular, al estar estos últimos respaldados por una garantía. Reitero, debería evaluarse si el ordenamiento jurídico coadyuva efectivamente a la reducción del riesgo del crédito, pues sólo así se fomentará su concesión por las empresas del sistema financiero y demás agentes de crédito ("nadie presta para que no le paguen").

1.3. En efecto, toda relación de crédito — como ocurre con el mutuo, p.ej.-, supone un "desfase" o no simultaneidad en el tiempo de la ejecución de las prestaciones; por un lado tenemos la ejecución

GESTLEGAL

de la prestación de una de las partes (acreedor) y por el otro, la recepción inmediata de bienes o servicios y pago diferido en cuotas de la otra (deudor); situación que implica un "riesgo" de incumplimiento, es decir, riesgo de que al momento de cobrar el patrimonio del deudor haya desaparecido o reducido sustancialmente o existan más acreedores con quienes se tenga que dividir dicho patrimonio (Según el Comité de Basilea 2000, es "*el potencial de que el prestatario o contraparte de una institución financiera no se encuentre en capacidad de responder por las obligaciones que tiene con la institución, de acuerdo a los términos acordados*"); en ese sentido, se habla de una "ventaja estratégica del deudor" en la relación jurídica crediticia, lo que se busca equilibrar mediante la inclusión de una "segunda fuente de pago" (como efecto compensatorio o costo impuesto al deudor para incentivar su cumplimiento), a través de la afectación de un patrimonio en general (garantías personales) o de un bien o bienes determinados (garantías reales).

1.4. Debe precisarse que la relación obligacional derivada del contrato de mutuo (p.ej.) es la "primera fuente de pago" (obligación principal), pues de ella derivan obligaciones como las de devolver el dinero mutuado y en ese sentido, el patrimonio del deudor constituye "prenda común de los acreedores" (prenda entendida como garantía), ello conforme al "principio de responsabilidad patrimonial".

1.5. En consecuencia, la constitución de garantías (reales o personales) supone una "segunda fuente de pago" (obligación secundaria), pues otorga al acreedor medios adicionales para la satisfacción de su crédito, a través de la ejecución de tales garantías, como ocurre con la hipoteca que permite el ejercicio de la acción real y personal de manera simultánea, tal como se expresa en el artículo 1117 del Código Civil: "*El acreedor puede exigir el pago al deudor, por la acción personal; o al tercer adquirente del bien hipotecado, usando de la acción real. El ejercicio de una de estas acciones no excluye el de la otra, ni el hecho de dirigirla contra el deudor, impide se ejecute el bien que esté en poder de un tercero, salvo disposición diferente de la ley*".

Así, en la doctrina se reconoce que la segunda fuente de pago constituye "*toda medida de refuerzo que se añade a un derecho de crédito*

para asegurar su satisfacción, atribuyendo al acreedor un nuevo derecho subjetivo o unas nuevas facultades" [6]; dicho en otros términos, "*Cuando el acreedor pide una garantía está buscando obtener una 'segunda fuente de pago', para reducir el riesgo de insolvencia de su deudor. Si yo tengo dos deudores independientes en vez de uno, mejoro en un ciento por ciento mi situación como acreedor. (...)*" [7].

2. LA HIPOTECA Y SUS NOTAS CARACTERÍSTICAS

2.1. La hipoteca puede definirse como aquel "*derecho real constituido sobre el inmueble de un deudor o de un tercero, en seguridad del cumplimiento de una obligación asumida por el primero, que sin desposeer al constituyente permite, en caso de incumplimiento de la obligación garantida, la realización pública del bien, satisfaciéndose con su precio en forma preferencial a quien la tenga registrada*" [8].

2.2. Como antecedente legislativo [9], podemos citar el artículo 2020 del Código Civil de 1852, el mismo que disponía: "*Hipoteca es el gravamen que se impone sobre un inmueble a favor de un tercero, en seguridad de un crédito o de una obligación*". Asimismo, el Código Civil de 1936, en su artículo 1010, establecía lacónicamente que "*Pueden hipotecarse los inmuebles que pueden venderse*". [10]

El Código Civil de 1984, en su artículo 1097, establece que: "*por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero. La garantía no determina la*

[6] Diez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. Sistema de Derecho Civil, T. III, p. 494.

[7] Villegas, Carlos Gilberto. Las garantías del crédito, T. I, p. 21-22.

[8] Arias-Schreiber, Max. "Exégesis del Código Civil de 1984. Tomo VI. Derechos Reales de Garantía". Lima, Gaceta Jurídica Editores SRL, 1998, p. 169.

[9] Ayarza, Oswald. "La hipoteca en el Perú, ¿es constitutiva su inscripción?" En: Revista del Foro. Colegio de Abogados de Lima. Abril — Diciembre 2002, año MMII N.º 1, p. 139.

[10] "Exposición de Motivos Oficial del Libro IX del Código Civil de 1984", Libro de "Derechos Reales", separata especial publicada en el diario oficial "El Peruano" el 19.7.1989.

GESTLEGAL

desposesión y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado". [11]

2.3. Este último artículo describe las notas características de la hipoteca, las mismas que pasaremos a desarrollar.

2.4. En cuanto a la afectación del inmueble, esta es de carácter jurídico, es decir, a través de su inscripción en el Registro de Predios y por el propietario (tratándose de predios, es decir, inmuebles regulados en el artículo 885 incisos 1, 2 y 3).

Al respecto, la doctrina en general es pacífica respecto a la necesidad de intervención del propietario en la constitución de la hipoteca, sea directamente o a través de su representante — voluntario o legal —, considerando que este gravamen puede implicar en última instancia, en caso de incumplimiento y luego del proceso de ejecución de garantías correspondiente, la pérdida del propio derecho de propiedad [12].

Sin embargo, no basta la sola intervención del propietario, sino que además éste debe tener plena capacidad para gravar el bien. En el caso de las personas naturales, deberá tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 42 y siguientes del Código Civil (modificado por el Decreto Legislativo 1384); tratándose de las personas jurídicas, privadas o públicas, se estará a lo dispuesto en materia de personería jurídica por su estatuto o por la ley de su creación [13].

---

[11] Maisch Von Humboldt, Lucrecia. "Libro de Derechos Reales". En: "Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios", Tomo V (Compiladora: Delia Revoredo), 1985. Asimismo, véase de la autora: "Algunos aspectos que deberían ser esclarecidos en el Libro de Derechos Reales del Código Civil de 1984" En: "Libro homenaje a José León Barandiarán". Lima — Cultural Cuzco S.A, 1985, p. 341.

[12] Véase: Ortega, Marco. "Aspecto personal de las garantías hipotecaria y prendaria reguladas por el Código Civil y posibilidad de constitución a non domino" En: Ius et Praxis". Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Enero-Diciembre de 2002, N.° 33, p. 39.

[13] En materia de personas jurídicas no societarias, véase: De Castro y Bravo, Federico. "La Persona Jurídica", Madrid — Editorial Civitas, S.A, 1991 y Fernández Sessarego, Carlos. "Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano". Lima — Editora y Distribuidora Jurídica Grijley EIRL, Enero, 2000; y, en materia de personas jurídicas societarias, véase: Broseta Pont, Manuel. "Manual de Derecho Mercantil". Madrid-Editorial Tecnos S.A., 1994. p. 177 y Elías Laroza, Enrique. "Derecho Societario Peruano.

Dado que en el ordenamiento jurídico peruano rige el "sistema consensual" [14] en materia de transferencia de derechos de propiedad inmueble, algunos consideran suficiente que grave el bien el propietario con o sin derecho inscrito; sin embargo, teniendo en cuenta el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca, creemos que tal conclusión es parcial; pues conforme al artículo 2015 del Código Civil "*ninguna inscripción, salvo la primera, se hace sin que esté inscrito o se inscriba el derecho de donde emane*", por lo que, si bien el propietario "no inscrito" puede gravar el bien, al no existir tracto sucesivo — no figura como "titular registral" —, tal acto no podrá acceder al Registro (condición de validez) y consecuentemente, no podrá ser oponible erga omnes (condición de eficacia), por lo que inexorablemente el propietario no inscrito deberá regularizar su situación registral de manera previa o de manera simultánea para coadyuvar a la inscripción de dicho gravamen.

2.5 Sobre el inmueble gravado, debe tenerse presente el "principio de especialidad" y en ese sentido, se señala que "sólo se pueden gravar bienes determinados y existentes (especialidad en cuanto al bien) y en garantía de obligaciones individualizadas y hasta por montos determinados (especialidad en cuanto al crédito)" [15].

Este principio busca facilitar a los terceros "*conocer la causa y el monto del mismo y la parte por la cual el bien hipotecado está libre de deudas; y hace posible al deudor obtener créditos, garantizables con el mismo bien*" [16], evitando la constitución de "gravámenes universales" (Arias-Schreiber). En la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil se reitera la idea que subyace en la norma vigente, es decir que al legislador le interesa que el bien hipotecado siga siendo usado y explotado por el hipotecante, quien no pierde la facultad de

Ley General de Sociedades del Perú". Trujillo — Normas Legales S.A. Tomo III, Setiembre 2000.

[14] Artículo 949 del Código Civil: "La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él (...)".

[15] Avendaño, Francisco. "La cobertura de la Hipoteca". "El Peruano" del 23.7.2003, p. 18.

[16] Messineo, Francesco. "Manual de Derecho Civil y Comercial", Tomo IV, Buenos Aires — Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979, p. 100.

enajenarlo. Igualmente, el hipotecante puede afectar en garantía varias veces el inmueble gravado, ya que se admite la coexistencia de pluralidad de gravámenes sobre el mismo bien.

Inclusive en el caso de las obligaciones futuras o eventuales, reguladas en el artículo 1104 del Código Civil, debe respetarse el principio de especialidad a efectos de la salvaguarda del propio deudor, de los demás acreedores y de los terceros adquirentes; en ese sentido, la doctrina exige que cuando menos deban indicarse en el contrato los criterios a tomarse en cuenta para la determinación de las obligaciones garantizadas, tales como "la causa (fuente), entidad (objeto de la prestación) y la extensión (magnitud) de las mismas" [17].

2.6. En cuanto a que tal afectación garantice el cumplimiento de una obligación, propia o de un tercero, debe destacarse que en el artículo 1013 del Código Civil de 1936 no contenía un dispositivo similar (inciso 2 del artículo 1099 del Código Civil), pese al carácter esencialmente accesorio de la hipoteca respecto de la obligación garantizada y al "principio de especialidad"; en ese sentido, Max Arias Schreiber opina que "en nuestra legislación no puede existir hipoteca sin crédito al cual garantice".

Respecto a la obligación, ésta será "determinada" cuando esté perfectamente establecida en el contrato y "determinable" cuando no estando determinada en el contrato puede llegarse a establecer directa o indirectamente y sin necesidad de nuevo acuerdo de voluntades (Exposición de Motivos Oficial del Código Civil).

Resulta pertinente indicar que en contraposición a la hipoteca "ordinaria", en el que la obligación garantizada está plenamente determinada en todas sus circunstancias "*ab initio*", la doctrina y legislación comparadas reconocen otras hipotecas en las que alguno de los elementos obligacionales no está determinado desde el inicio, tal como ocurre con la "hipoteca de seguridad o de máximo" [18] o la "hipoteca global" [19].

---

[17] Villegas, Carlos Alberto. "Op. Cit.". p. 370.

[18] García-Arango, César. "Hipotecas especiales: problemática actual de las hipotecas de seguridad y de máximo" En: Hipotecas y Seguridad Jurídica". Madrid — Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1991, p. 209.

[19] Cordero Lobato, Encarna. "La Hipoteca Global: la determinabilidad del crédito garantizado". Madrid — Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1997, p. 25.

Sobre la legislación especial en materia de obligaciones determinables, resulta pertinente citar, como hecho histórico, el caso de la "garantía sábana" ("general" o "permanente") que estuviera reconocida a favor de las empresas del sistema financiero en la Ley 26702 (modificada por la Ley 27682 y luego por la Ley 27851), en virtud de la cual se cubren todos los créditos estipulados por las partes sin necesidad de suscribirse nuevos contratos o actualizar la garantía: "*los bienes dados en hipoteca, prenda o warrant a favor de una empresa del sistema financiero, respaldan todas las deudas y obligaciones propias, existentes o futuras asumidas para con ella por el deudor que los afecta en garantía, siempre que así se estipule expresamente en el contrato. Cuando los bienes afectados en garantía a favor de una empresa del sistema financiero son de propiedad distinta al deudor, éstas sólo respaldan las deudas y obligaciones del deudor que hubieran sido expresamente señaladas por el otorgante de la garantía. (...).*", finalmente derogada por la Ley de la Garantía Mobiliaria, Ley 28677.

2.7. A propósito del gravamen, éste debe ser de cantidad determinada o determinable. La exigencia de especificar el monto del gravamen se sustenta en la necesidad del ordenamiento de "*proporcionar seguridad a los terceros adquirentes del dominio del inmueble hipotecado o de un derecho real sobre él (...), favoreciendo con ello la circulación de los bienes y propiciando el crédito en general*". [20]

El gravamen, igualmente, será "determinado" cuando se ha establecido expresamente en el contrato y será "determinable" cuando no estando determinada en el contrato puede llegarse a establecer directa o indirectamente y sin necesidad de nuevo acuerdo de voluntades (Exposición de Motivos Oficial del Código Civil).

Considerando que, de acuerdo al artículo 1107 del Código Civil, la extensión de la hipoteca en cuanto a la obligación garantizada comprende el capital (crédito), los intereses, las primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas del juicio, el monto del gravamen debe comprenderlas, por lo que su cuantía es ordinariamente superior al

[20] Avendaño, Francisco. "Op. Cit.". p. 18.

crédito u obligación garantizada; pero nada impediría que se pacte un gravamen por una cantidad menor a la de la obligación garantizada.

El Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, aprobado mediante Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos n.os 097-2013-SUNARP/SN del 3.5.2013, en concordancia con el artículo 1099 del Código Civil, dispone en el inciso a) de su artículo 116 que en el asiento de hipoteca se consignará *"el monto del gravamen o, en su caso, el criterio establecido para su determinación"*.

2.8. Respecto a la inscripción de la hipoteca, en doctrina se reconoce que es uno de los pocos derechos reales cuya inscripción es constitutiva; en efecto, se trata de un derecho real que nace al mundo jurídico con su inscripción registral. [21]

Es fundamento de la inscripción constitutiva el hecho que la hipoteca no exige desposesión ni desmembración de la propiedad; es decir, el propietario hipotecante mantiene su posesión en todo momento; es por este motivo, que es preciso recurrir al Registro como mecanismo objetivo de publicidad y oponibilidad del mismo, en protección de los terceros adquirentes; de ese modo, la inscripción constitutiva busca evitar la existencia de "hipotecas ocultas", los mismos que afectan al tráfico jurídico (históricamente y en términos generales, esa fue la causa inicial de creación de los Registros Inmobiliarios) y otorga en favor del acreedor hipotecario prioridad (preferencia según el rango), persecutoriedad (la venta del inmueble no la afecta) y venta forzada del bien (en caso de incumplimiento).

2.9. En cuanto a las formalidades y requisitos para la inscripción de la hipoteca, debe mencionarse que, conforme al "principio de titulación auténtica" consagrado en el artículo 2010 del Código Civil, *"la inscripción se hace en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición contraria"*, lo que concordado con el artículo 1098 implica que deberá presentarse el parte notarial de la escritura pública correspondiente u otro documento en caso exista norma especial que autorice

[21] Pau, Antonio. "Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales" En: La Publicidad Registral". Madrid — Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Año 2001, p. 363.

su empleo (p.ej. documento privado con firmas legalizadas en caso el monto del acto no exceda de 40 UIT según establece el artículo 176 de la Ley 26702 o formulario registral en caso el monto del acto no exceda de 20 UIT según señala el artículo 7 de la Ley 27755, etc.).

2.10. ¿Qué sucederá en caso se inscriba una hipoteca que no cumpla con los requisitos de validez establecidos en el artículo 1099 del Código Civil?

Todo asiento de inscripción se encuentra amparado por el "principio de legitimación", consagrado en el artículo 2013 del Código Civil (modificado por la Ley 30313), que establece:

> *"El contenido del asiento registral se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique por las instancias registrales o se declare su invalidez por el órgano judicial o arbitral mediante resolución o laudo firme.*
>
> *El asiento registral debe ser cancelado en sede administrativa cuando se acredite la suplantación de identidad o falsedad documentaria y los supuestos así establecidos con arreglo a las disposiciones vigentes.*
>
> *La inscripción no convalida los actos que sean nulos o anulables con arreglo a las disposiciones vigentes".*

Es decir, existe en nuestro ordenamiento una presunción relativa de validez y exactitud en favor del asiento registral, que como tal admite prueba en contrario, pues la inscripción no es convalidante de nulidades (excepción hecha de la "adquisición a non domino" del artículo 2014, Código Civil).

En principio, mientras el poder judicial o el árbitro no declare la invalidez o se cancele o rectifique el asiento registral — de acuerdo a los procedimientos registrales reglamentarios —, la situación registral publicitada en el asiento surtirá plenos efectos legales; siendo que la carga de la prueba será asumida por quien cuestione la validez del asiento (*onus probandi*) [22].

[22] Aliaga, Luis. "Apuntes sobre la legitimación registral", En: "Legal Express". Publicación mensual de "Gaceta Jurídica". Lima, año 1, N.° 4, abril. 2001.

3. PROBLEMAS ACTUALES DE LA HIPOTECA

3.1. A más de treinta años de la vigencia del Código Civil convendría ir más allá de los aspectos meramente formales y hacer un recuento de las principales dificultades de la hipoteca, los mismos que constituyen temas pendientes.

3.2. En cuanto a la prioridad, tenemos la existencia de superprivilegios que no constan en el Registro y no pueden ser conocidos por el acreedor hipotecario, sin embargo, son igualmente oponibles; así tenemos el supuesto de créditos laborales (artículo 24, Constitución y Decreto Legislativo 856) y el supuesto de insolvencia, en caso de disolución y liquidación del deudor hipotecario, donde los créditos garantizados con hipoteca y demás derechos reales bajan al tercer rango, detrás de los créditos laborales y alimentarios (artículo 42.1, Ley General del Sistema Concursal). En ambos casos no se discute la existencia del superprivilegio sino la falta de publicidad registral, que afecta la prioridad y encarece el crédito, al exigir desarrollar mecanismos obligacionales paralelos (*due diligence*).

3.3. Respecto a la persecutoriedad, tratándose de la prescripción adquisitiva de dominio y no obstante el texto expreso del artículo 952 del Código Civil, se conocen de resoluciones que consideran que al tratarse de una adquisición originaria también deberían cancelarse los gravámenes que pesan sobre el inmueble, pese a no poder ser conocidos por el acreedor hipotecario, es decir, la existencia de la posesión del tercero (aunque la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 00018-2015-PI, sobre la configuración del tercero de buena fe, parece considerarlo al exigir una necesaria "*conducta diligente y prudente, en todas las etapas, además del pleno cumplimiento de todos los requisitos establecidos en el artículo 2014 del Código Civil, modificado por la Ley 30313*"). Tratándose de acreedores hipotecarios no ejecutantes, si bien se reconoce que éstos pueden intervenir en el proceso y que cobran según su rango respecto del producto obtenido del remate (artículos 726 y 747 Código Procesal Civil), se advierten maniobras procesales para burlar el derecho de éstos e incluso, si no intervienen sólo cobrarán del remanente. Igualmente, en un supuesto de

liquidación al amparo de la Ley General del Sistema Concursal, si bien la transferencia de bienes efectuada por el Liquidador implica el levantamiento automático de los gravámenes, inclusive los que favorecen a terceros, el pago a éstos se realizará *"(...) sin afectar el pago de los créditos del primer orden de preferencia que existan en el procedimiento"*, es decir, se pierde el gravamen y el rango prioritario, lo que exigiría una mejor publicidad registral.

3.4. En materia de ejecución de garantías reales, la misma es lenta, gravosa y poco transparente, pese a la reforma del Código Procesal Civil realizada por el Decreto Legislativo 1069 el año 2008, que lejos de solucionar el problema lo ha agravado, según indican los expertos. De otro lado, actualmente no se contempla la ejecución extrajudicial de la hipoteca de manera general, como sucede con los gravámenes constituidos en el contexto del título de crédito hipotecario negociable o de viviendas de interés social, tampoco la adjudicación directa regulada en la Ley de la Garantía Mobiliaria; temas que deberían revisarse.

La reforma de la hipoteca sigue pendiente.

BIBLIOGRAFIA

ALIAGA, LUIS, "Apuntes sobre la legitimación registral", En: "Legal Express". Publicación mensual de "Gaceta Jurídica". Lima, año 1, N.° 4, abril. 2001

ARIAS-SCHREIBER, MAX, "Exégesis del Código Civil de 1984. Tomo VI. Derechos Reales de Garantía". Lima, Gaceta Jurídica Editores SRL, 1998

AVENDAÑO, JORGE, "Algunas reformas del Libro de Reales del Código Civil" En: "El Código Civil del Siglo XXI (Perú y Argentina)". Lima — Palestra Editores S.R.Ltda., tomo I, año 2001

——, "La cobertura de la Hipoteca". "El Peruano" del 23.7.2003

AYARZA, OSWALD, "La hipoteca en el Perú, ¿es constitutiva su inscripción?" En: Revista del Foro. Colegio de Abogados de Lima. Abril — Diciembre 2002, año MMII N.° 1

CÁRDENAS, CARLOS, "Registros Públicos, clasificación de los bienes y transferencia de la propiedad (del Código Civil de 1852 a la reforma del Código Civil de 1984)", En: "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, Año LXXVII. Setiembre-Octubre 2001, Num. 667

CORDERO LOBATO, ENCARNA, "La Hipoteca Global: la determinabilidad del crédito garantizado". Madrid — Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1997

DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. "La Persona Jurídica", Madrid — Editorial Civitas, S.A, 1991

DIEZ-PICAZO, LUIS Y ANTONIO GULLÓN, Sistema de Derecho Civil, T. III

FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS, "Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano". Lima — Editora y Distribuidora Jurídica Grijley EIRL, Enero, 2000

GARCÍA-ARANGO, CÉSAR. "Hipotecas especiales: problemática actual de las hipotecas de seguridad y de máximo" En: Hipotecas y Seguridad Jurídica". Madrid — Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1991

GRUPO DE INVESTIGACIÓN DE LA REVISTA "IUS ET VERITAS" DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ, "Mucho ruido, pocas nueces: sobre cómo nuestro sistema legal desincentiva el crédito", N.° 25, año XIII

MAISCH VON HUMBOLDT, LUCRECIA, "Libro de Derechos Reales". En: "Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios", Tomo V (Compiladora: Delia Revoredo), 1985

——, "Algunos aspectos que deberían ser esclarecidos en el Libro de Derechos Reales del Código Civil de 1984" En: "Libro homenaje a José León Barandiarán". Lima — Cultural Cuzco S.A, 1985

GESTLEGAL

MESSINEO, FRANCESCO, "Manual de Derecho Civil y Comercial", Tomo IV, Buenos Aires — Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979
ORTEGA, MARCO, "Aspecto personal de las garantías hipotecaria y prendaria reguladas por el Código Civil y posibilidad de constitución a non domino" En: Ius et Praxis". Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Enero-Diciembre de 2002, N.º 33
PAU, ANTONIO, "Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales" En: La Publicidad Registral". Madrid — Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Año 2001
VILLEGAS, CARLOS GILBERTO, Las garantías del crédito, T. I.

O REGISTO PREDIAL [*]

ALGUMAS VARIAÇÕES DO PENSAR

MADALENA TEIXEIRA

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. ALGUMAS VARIAÇÕES DO PENSAR. 3. CONCLUSÃO.

1. INTRODUÇÃO

"No princípio, era a segurança jurídica dos direitos privados"

Quando o intérprete procura o sentido e alcance da lei, a sua primeira impressão ressuma do elemento literal, e esse é o ponto de partida, porém, como todo o Direito é finalista, a pergunta que se segue há de ser sempre o *para quê* dessa lei; quais os motivos ou os objetivos sociais que a ditaram. Sem esta resposta, *não se detém ainda a chave da interpretação* [1].

[*] Este texto, redigido para integrar os *Estudos em Homenagem a Sérgio Jacomino*, não é senão um tributo singelo a um colega e amigo que merece louvores mais elevados.

As palavras de estima e de apreço pessoal têm sido ditas com a cadência que a vida permite, no fio de amizade indelével que nos une e que resiste ao tempo e à distância. As outras, as que descrevem o engenho do registador e a espessura do pensamento de Sérgio Jacomino, já estão sobejamente inscritas nas suas ideias e nos projetos concretizados; nas palavras ditas e partilhadas, a benefício de todos os que diariamente testam e põem à prova a razão de ser do registo predial.

Por isso e por tantas outras razões, se, um dia, se fizer um cânone registal, Sérgio Jacomino terá de nele figurar como um dos seus nomes cimeiros, no lugar destinado aos pensadores geniais; àqueles que sabem bem como tecer o futuro.

[1] Nestes termos, ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA (2009), pp. 406 e ss.

GESTLEGAL

Assim acontece também quando tentamos perscrutar a razão de ser do sistema de registo predial. Só que, aqui, o legislador encarregou-se logo de responder, como que para iluminar o caminho e não permitir ao intérprete e aplicador do direito qualquer desvio ou atalho.

Diz-se, no art. 1.º do Código do Registo Predial, que o registo predial se destina essencialmente a dar publicidade à situação jurídica dos prédios, tendo em vista a segurança do comércio jurídico imobiliário.

Nesta fórmula legal, temos que o registo predial é, antes de mais, um sistema de informação, no qual se reproduz e se divulga a situação jurídica do prédio, enquanto *coisa* ou objeto de direitos, mas temos também o escopo, e, dessa forma, o *para quê*, que, depois, se manifesta na sua eficácia.

A razão de ser do registo predial radica, desde logo, na segurança jurídica e é essa a obrigação de *valor* que o sistema de registo assume perante os titulares dos direitos e os terceiros, quando se propõe conservar e proteger os direitos privados de índole patrimonial, consolidando a sua oponibilidade *erga omnes*, e, ao mesmo tempo, assegurar a fluidez e segurança do comércio jurídico imobiliário, através de um conjunto mais ou menos amplo de efeitos substantivos.

Daí que, não raras vezes, se encontre afirmado que o registo predial é um instrumento ao serviço do direito patrimonial privado, ou que se trata de um *instituto do direito privado e para o direito privado*, delimitando-se, nessa função primacial, de proteção da propriedade privada, dos interesses singulares dos titulares dos direitos e das relações jurídico-privadas inseridas no tráfico imobiliário, toda a irradiação do sistema.

Sucede que há uma realidade em movimento e que toda a Lei é partícula de um ordenamento jurídico em globo, pelo que também ao registo predial caberá mobilizar habilmente a sua razão de ser e adaptar-se ao ar dos tempos, ora acomodando uma nova conceção do direito de propriedade e participando ativamente como instrumento para um desenvolvimento económico integro e saudável, ora reconstituindo-se como resposta às demandas de uma sociedade cada vez mais globalizada e *tecnologicamente dependente*.

2. ALGUMAS VARIAÇÕES DO PENSAR

A conceção do direito de propriedade

Naturalmente, o eixo do sistema de registo predial continua a ser o direito de propriedade privada, por ser esse o direito real máximo e paradigmático, que é também direito económico, de natureza análoga aos "direitos, liberdades e garantias". Contudo, o que hoje se publica não é já o direito absoluto e ilimitado, de matriz individualista, que ditou a criação do sistema de registo predial, mas é um direito constitucionalmente reconhecido com uma "cláusula de função social", onde se incluem todos os seus limites imanentes [2]; um direito fortemente subsidiado pela conexão entre o indivíduo e o coletivo que tem por objeto um ativo estratégico essencial para o desenvolvimento de políticas de coesão territorial, de sustentabilidade ambiental e de inclusão social.

A *visão solidária* do direito de propriedade privada, como um direito que também incorpora, no seu conteúdo, os interesses da coletividade, não se compadece, por isso, com um sistema de registo enquistado na publicidade das transações e do crédito e no plano dos interesses privados; antes lhe outorga uma função mais ampla e uma parcela de responsabilidade na concretização de estratégias de desenvolvimento territorial sustentável, onde o solo aparece, simultaneamente, como recurso económico e como bem natural a preservar.

Se aceitarmos a ideia de que "o desenvolvimento sustentável constitui tanto um modo de olhar o mundo, focando as interligações da mudança económica, social e ambiental, quanto um modo de descrever as nossas aspirações conjuntas de viver uma existência decente, combinando o desenvolvimento económico, a inclusão social e a sustentabilidade ambiental" [3], é-nos fácil compreender que os sistemas de registo predial, enquanto sistemas de informação relativos à situação jurídica dos prédios, têm certamente um papel a desempenhar no plano normativo do desenvolvimento sustentável.

[2] AMARAL/MARIA LÚCIA, *apud* MONTEIRO, CLÁUDIO (2010), pp. 182/183.
[3] SACHS, JEFFREY D. (2017), *pp.* 13/14.

Esse papel principia logo pela sinalização de um conjunto de características distintivas do solo e do seu estatuto de direito público, seguida da divulgação juridicamente certificada dos factos jurídicos animados por interesses públicos que conformam e densificam a ideia de *benefício social* da propriedade privada, como são os que respeitam às restrições de utilidade pública; à transformação fundiária e ao desenho da cidade; ao desenvolvimento sustentável das atividades agrícolas ou florestais; e à conservação e salvaguarda da biodiversidade e da paisagem.

O direito ao ambiente

A proclamação de que os recursos naturais são finitos e de que se torna imperioso gerir sabiamente o património constituído pela flora e fauna silvestres e pelos respetivos *habitats*, colocando a conservação da natureza no topo das prioridades do planeamento do desenvolvimento económico, há muito que se encontra feita à escala global [4], e não têm faltado manifestações, na ordem jurídica interna, a asseverar a tutela dos valores ambientais, começando pela Constituição da República Portuguesa, onde precisamente se consagra um *direito fundamental* ao ambiente e se inscrevem princípios enformadores de uma política de ambiente, como são os princípios da prevenção, da precaução, do aproveitamento racional dos recursos naturais e da responsabilização pelo dano ecológico.

A realidade serve para nos demonstrar que parte desses princípios se tem prestado mais a platitudes discursivas e a ambições políticas abstratas do que a medidas com significado jurídico. Ainda assim, não deixamos de verificar o influxo de alguns desses princípios numa cópia de medidas legislativas e de instrumentos administrativos de proteção ambiental, onde o solo e a paisagem aparecem realmente como componentes naturais a resguardar.

Quando nos referimos à preservação e regeneração do solo e do subsolo, ao resguardo da flora e da paisagem, e à proteção do património

[4] Cfr. os princípios contidos na Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, em 1972.

cultural construído, é do estatuto de direito público dos prédios que falamos, dado que é neles que se materializam os componentes ambientais (naturais e "construídos") a defender, pelo que bem se compreenderá a utilidade de se fazer refletir no registo predial as caraterísticas ambientais do prédio, quer as que respeitam às suas características físicas ou à sua vinculação situacional ou paisagística, quer as que se traduzem em constrições ao direito de propriedade.

Na verdade, só uma informação tempestiva, confiável e juridicamente qualificada sobre a classificação ambiental do prédio e a especial conformação a que, por causa dela, o direito de propriedade fica sujeito poderá conter qualquer tentativa de "branqueamento ecológico" do solo no âmbito do comércio jurídico imobiliário. Estender ao registo predial tal função de publicidade é, também, constituí-lo em *passaporte ambiental do prédio* no plano das transações imobiliárias e, dessa forma, em instrumento de um dos objetivos mais prementes da agenda do desenvolvimento sustentável.

A justiça territorial

Esta tarefa em busca da sustentabilidade, *que a todos convoca e que só a Humanidade está em condições de resolver*, exerce, ela própria, uma transformação conceptual da propriedade fundiária, afinando a *obrigação* de um uso do solo socialmente justo.

O modo como os recursos naturais são geridos e aproveitados reflete-se seguramente na vida de todos os que partilham o mesmo espaço geográfico, produzindo, muitas vezes, impactos negativos no sistema urbano e no direito à cidade, na coesão social, no equilíbrio demográfico, na qualificação do tecido rural e na expansão racional das infraestruturas; gerando, em suma, assimetrias sociais, económicas e ambientais que, linearmente, se vertem em *injustiça territorial* [5].

[5] Cingimos o ponto às consequências dentro do território, reconhecendo, porém, na esteira de SOROMENHO-MARQUES, VIRIATO (2005), pp. 33/35, que o *campo de ação das comunidades humanas deixou de estar geograficamente limitado*; que "o processo de globalização unificou o planeta ao ponto de ser possível externalizar e diferir no tempo e no espaço, a uma escala inédita na história humana, os efeitos negativos da destruição de recursos"; e que "as múltiplas facetas da crise global e social do ambiente não precisam apenas de ser compreendidas, mas devem ser

Ora, uma das concretizações mais fundas da responsabilidade pelo bem-estar económico e coletivo, que também se afeta ao direito de propriedade, passa precisamente pela justiça territorial. Diz-se que a *pergunta mais imediata da justiça é a da injustiça* e assim acontece também quando falamos de território enquanto "recurso e abrigo" e espaço de inclusão social.

Num território desigual, ressumam, naturalmente, desequilíbrios provocados por um urbanismo de expansão desordenada; pela disparidade económica e social, com fenómenos de especulação fundiária, de *guetização e de gentrificação*; pela fragmentação e dispersão da propriedade rústica, com empobrecimento das condições para uma exploração agrícola, pecuária e florestal sustentável; pela utilização dos solos alheada do seu valor ambiental; e pelas próprias limitações naturais e paisagísticas dos prédios.

Por isso, o repto que se coloca ao Estado é o de estabelecer políticas públicas capazes de reverter, prevenir ou compensar as injustiças territoriais, segundo uma lógica de sustentabilidade económica, ambiental e social, cumprindo, assim, a lista de tarefas que lhe está atribuída à escala nacional (arts. 9.º e 66.º da Constituição), europeia (art. 3.º do Tratado da União Europeia) e global (Agenda 2030 das Nações Unidas) [6].

Ora, também nesta busca pelo "espaço justo" se soma o contributo do registo predial, não só pelas valências informativas que nele se contêm, e que permitem dar a conhecer o espaço no seu aspeto físico ou material e na sua categoria jurídica, enquanto objeto de direitos privados sujeitos à força conformadora dos instrumentos concretizadores de políticas públicas de ordenamento do território, mas também pelo potencial

sobretudo vencidas através de uma política alargada à escala planetária, numa aliança global entre inteligência e vontade, entre razão e determinação prática".

[6] ARAGÃO, ALEXANDRA (2018), pp.114/115, destaca, como instrumentos legislativos de concretização do dever constitucional de prossecução dos objetivos de desenvolvimento territorial sustentável, a Lei de Bases Gerais da Política Pública do Solo, Ordenamento do Território e Urbanismo, e o regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial, segmentando os fins da política pública de solos, de ordenamento do território e de urbanismo, ínsitos na respetiva Lei de Bases, numa tripla perspetiva; *preventiva*, visando prevenir a degradação das qualidades intrínsecas do território; *pró-ativa*, destinada a potenciar o melhor uso possível do território; e *restaurativa*, apostando na recuperação de qualidades perdidas.

de cooperação e de interoperabilidade que é possível estabelecer com as demais entidades no cumprimento de um plano capaz de assegurar um módico de coesão social e de equidade territorial [7].

Na mesma linha do desenvolvimento socialmente coeso e justo, entra também o objetivo de justiça e de robustecimento das instituições presente no modelo global aprovado pela Organização das Nações Unidas [8], envolvendo um compromisso no sentido de se garantir a igualdade de acesso à justiça para todos, de se criarem instituições eficazes, responsáveis e transparentes e de se assegurar o acesso público à informação em condições de igualdade.

Numa perspetiva mais ampla do princípio de sustentabilidade, é ainda de coesão social e de justiça territorial que falamos quando se elege como objetivo de desenvolvimento, à escala mundial, o acesso universal a espaços públicos seguros, inclusivos e acessíveis, e a promoção do Estado de Direito, ao nível nacional e internacional, de modo a garantir uma justiça para todos.

Tal dimensão de sustentabilidade social exige, pois, a oferta de serviços públicos de qualidade e de proximidade, o que no registo predial se traduz numa rede de espaços físicos de atendimento adaptada ao acolhimento adequado de todos os cidadãos, *maxime* daqueles que se encontrem em situação de maior vulnerabilidade, como são os cidadãos com deficiência [9], mas também na oferta de canais de comunicação de raiz tecnológica, dotados de suficiente grau de segurança e de fiabilidade, capazes de assegurar um acesso expedito e eficiente à informação e ao serviço registal.

Por outro lado, sendo o registo predial um serviço público que tem por finalidade matricial promover a segurança jurídica e, portanto,

---

[7] A este propósito, TEIXEIRA, MADALENA (2018), pp. 129 e ss.

[8] Cfr. Objetivo 16 da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas.

[9] Neste contexto, vale a pena considerar os princípios proclamados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que se manifestam no Objetivo 11 da Agenda 2030 das Nações Unidas e, antes dela, na Convenção de Nova Iorque sobre os direitos das pessoas com deficiência (13 de dezembro de 2006), aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 71/2009, onde expressamente se estabelece um compromisso dos Estados Partes no sentido de tomar as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência condições de acessibilidade aos serviços públicos e formas apropriadas de assistência e apoio tendo em vista garantir o seu acesso à informação.

assegurar o cumprimento do Direito fora dos tribunais, é óbvio que o dito objetivo, de "Justiça e Instituições Eficazes", é também dirigido às instituições registais, reclamando destas uma resposta célere, exata e plenamente conforme com o princípio da legalidade e com o primado do Direito. O que se pede é, no fundo, que os serviços de registo atuem segundo parâmetros de responsabilidade e cumpram escrupulosamente o *mandato social* e a parte da *função legitimadora do Estado* que lhes compete, de forma a promover a paz social e a confiança jurídica.

Para tanto, importa que a decisão registal fique a cargo de profissionais devidamente habilitados do ponto de vista do conhecimento técnico-jurídico e das competências comportamentais, mas importa outro tanto que o registo predial se encontre organizado em sistemas completos, íntegros e exatos, necessariamente indexados à qualificação jurídica e ao controlo de legalidade dos títulos, que, a mais da força preclusiva da publicidade, confiram a garantia de que tudo o que consta do Registo existe nos precisos termos publicados [10].

O sistema de registo, para ser útil, vale dizer, para conferir segurança jurídica aos titulares dos direitos e garantia aos terceiros que consultam a informação registal para, com base nela, ordenarem as suas relações jurídicas, tem de continuar a assentar num juízo prudencial, inteiramente subordinado ao princípio da legalidade, que aproxime tanto quanto possível a aparência jurídica por ela criada da realidade substantiva [11].

Tal demanda torna-se ainda mais vincada num contexto de desenvolvimento económico que não se confina às fronteiras do foro e que tendencialmente se desloca das formas tradicionais de contratação para modelos próximos dos serviços da sociedade da informação, onde avultam questões de direito internacional privado, mas também problemas próprios do domínio digital que, designadamente, nos convocam para aspetos específicos da contratação eletrónica, como

[10] Cfr. JARDIM, MÓNICA (2020), pp. 437/463.

[11] Assim conclui, desde 1996, a Comissão Económica das Nações Unidas para a Europa, nas propaladas Land Administration Guidelines, II, The legal framework. C. Deeds registration and title registration, disponíveis em: https://unece.org/DAM/hlm/documents/Publications/land.administration.guidelines.e.pdf

o regime das assinaturas e dos documentos eletrónicos, e da identidade digital.

Por tudo quanto antecede, é-nos, pois, reivindicado um padrão de funcionamento dos serviços de registo que faça repercutir, no círculo da nossa atuação, uma consciência social cada vez mais fina, assente nos valores da igualdade e da dignidade humana, que são o cimento da liberdade e da justiça, mas também um reconhecimento claro e preciso do plano geográfico e tecnológico em que agora nos movemos.

A globalização

A crescente internacionalização das relações jurídicas, largamente subsidiada pelos fluxos migratórios, pela livre circulação de capitais, serviços e pessoas no espaço europeu e pelas novas tecnologias, no fundo, pela globalização, enquanto processo de abertura dos países, das organizações e dos indivíduos ao mundo, seja no plano das relações económicas, seja ao nível da interação social e política, acarreta novas e complexas questões, às quais teremos de responder, e introduz, outrossim, uma mudança de estrutura, à qual não podemos seguir indiferentes.

Não podemos continuar a olhar para o edifício registal sem atentar na profunda alteração do modelo de relacionamento entre os serviços de registo e os cidadãos que emerge da globalização e das novas tecnologias, que, por um lado, exige substituir a imagem da repartição pública, de perfil burocrático, alicerçada numa atuação intermitente e presencial e em suportes documentais físicos e tarefas mecânicas, e que, por outro lado, nos obriga a encarar o fenómeno de *transnacionalização* dos factos sujeitos a registo e da própria relação de conhecimento subjacente à publicidade registal.

Seja por via da conceção da União Europeia como "espaço sem fronteiras internas", com liberdade de circulação de pessoas baseada em princípios de solidariedade interna (entre os Estados membros) e de equidade externa (relativamente aos cidadãos de Estados terceiros) [12], seja por força da livre circulação de trabalhadores, de serviços e de capitais ou da globalização do próprio mercado imobiliário, potenciada

[12] GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL (2014), pp. 548 e ss.

pelos avanços tecnológicos, verificamos que, atualmente, muitas das relações jurídicas submetidas a registo trazem consigo a marca da *transnacionalidade*.

Estas relações jurídicas, pertencentes a diversos espaços legislativos, além do suplemento de complexidade que introduzem na qualificação jurídica, implicando a mobilização, nem sempre fácil e inequívoca, das normas de conflitos, colocam problemas de conhecimento do próprio direito material aplicável que só as cadeias de cooperação, partilha de conhecimento e troca de informação entre os Estados [13] e uma *obrigação* de prova da existência e conteúdo do direito estrangeiro *partilhada* com os interessados são de molde a atenuar.

Dentro do espaço europeu, a disparidade legislativa tem sido, aliás, apontada como um dos obstáculos ao estabelecimento de relações jurídicas transnacionais e um escolho à realização do mercado único e às liberdades fundamentais, pelo que o processo de uniformização, unificação e harmonização do direito material dos Estados-Membros continua a concitar interesse, ainda que se reconheça a inviabilidade de o estender a todas as áreas do Direito [14].

É verdade que, em determinados domínios com relevância registal, como, por exemplo, o do mercado hipotecário, as diferenças entre as ordens jurídicas são muito agudas e, por isso, não permitem a implementação de instrumentos jurídicos de padronização ou de aproximação do direito aplicável, mas, embora se reconheça que a unificação "pressupõe a existência de laços íntimos de parentesco entre os direitos a substituir por uma regulamentação única" e que tal não sucede no direito hipotecário, não deixa de se assistir a uma certa "europeização do direito das garantias reais" e a algum esforço de uniformização tendente a facilitar o crédito internacional.

Conquanto a substituição das normas de fonte interna por um bloco normativo unitário se mostre imprestável em áreas com marca axiológica expressiva, como são os *direitos reais ou o direito da família*, seja pela diferença dos sistemas jurídicos implicados, seja pela

[13] Neste âmbito, merece particular destaque a cooperação em matéria registal desenvolvida pela **European Land Registry Association** (ELRA) e pela Red Registral Iberoamericana (IBEROREG).

[14] Sobre o ponto, cfr. PATRÃO, AFONSO (2017), pp. 329 e ss.

impossibilidade de o direito unificado se adaptar às circunstâncias ou especificidades de cada comunidade jurídica, podendo volver-se, assim, em "regulação pouco pormenorizada e axiologicamente descomprometida" [15], não têm faltado outros mecanismos de integração europeia que conferem estabilidade e continuidade às relações jurídicas transnacionais.

Assim sucede com a uniformidade das regras de conflitos e a amplificação da liberdade de escolha pelas partes da Lei aplicável vertidas em atos juridicamente vinculativos da União, de aplicabilidade direta e obrigatoriedade em todos os seus elementos, alguns deles resultantes de instrumentos de cooperação reforçada, que se têm materializado em fonte de direito recorrente no âmbito da qualificação registal de relações jurídicas internacionais [16].

A "europeização" do Direito Internacional Privado tem servido, naturalmente, para promover a harmonia jurídica internacional e a segurança jurídica, protegendo as expetativas das partes e a fluidez do tráfico jurídico, porém, ainda não está cumprido *"o sonho de Savigny"*, posto que ainda não existe uma *completa, harmónica, e articulada regulação das relações privadas internacionais na União Europeia* [17]. Por isso, do ponto de vista da atividade registal, ainda não se logrou tornar menos sinuosa a tarefa da qualificação jurídica e da publicidade dos factos jurídicos plurilocalizados.

A realidade "globalizada" impõe-nos novos desafios e "lupas" distintas, pelo que, a mais da especialização técnico-jurídica no âmbito do Direito Europeu e do Direito Internacional Privado, urge reeditar as nossas pré-compreensões e a estrutura do sistema de registo, de forma a que deixem de estar indexadas às situações puramente internas e passem a recobrir o âmbito, cada vez mais vasto, das relações jurídicas internacionais, começando-se, desde logo, por incorporar, na inscrição registal, dados que outorguem estabilidade e segurança ao

[15] Analisando o problema da competência da UE para a unificação ou harmonização dos direitos reais, PATRÃO, AFONSO (2017), pp. 355 e ss.

[16] Vd., entre outros, o Regulamento (UE) n. .º 650/2012 (sucessões por morte), o Regulamento (UE) 2016/1103 (regimes matrimoniais) e o Regulamento (UE) 2016/1104 (efeitos patrimoniais das parcerias registadas).

[17] Nesta proposição, tomamos de empréstimo as palavras de MOTA, HELENA (2015).

GESTLEGAL

comércio jurídico, como são, por exemplo, os que respeitam aos regimes matrimoniais relativos a casais internacionais (casados ou em parceria registada).

Por outro lado, importará certamente que a publicidade registal, de base eletrónica, se analise em informação prestada em campos tendencialmente formatados e em linguagem franca, que possa ser facilmente acedida e utilizada sem barreiras de tempo e de espaço e que permita interconexões, interoperabilidades ou interfaces comuns, aptos a reduzir custos de transação e assimetrias de informação; a degradar expedientes de opacidade; e a acrescentar, assim, transparência, eficácia, integridade e segurança jurídica ao mercado jurídico imobiliário [18].

Só se compreende aquilo que se conhece

Sendo manifesta a vantagem do intercâmbio, da harmonização e da interoperabilidade da informação, bem como da criação de "espaços de justiça eletrónica" e portais únicos de acesso à informação pública, é, no entanto, cautelar que a finalidade de cada uma das bases de dados, designadamente da base de dados do registo predial, não se dilua na vertigem da transição digital.

O ponto estará, pois, em conhecer exatamente o sentido e alcance da informação registal, de modo a que o discurso não penda para uma espécie de proselitismo tecnológico, que, a pretexto do conceito *one stop shop* e dos ganhos de eficiência, encontre utilidade em processos de integração assentes em bases de dados únicas e em equívocos terminológicos jurídicos e funcionais, ao invés de se manter o relacionamento digital nas fronteiras seguras da complementaridade e da cooperação.

Pensemos no sistema de inventariação e cadastro do território. Tenderá a ser unânime pensar-se que a fluidez e segurança do tráfico

[18] Cfr., a este propósito, o sistema de comunicação eletrónica entre os registos dos Estados-Membros, Business Registers Interconnection System (BRIS), que permite o acesso e intercâmbio de informação entre o registo comercial nacional e os registos comerciais de outros Estados-Membros da União Europeia, o sistema de interconexão dos registos dos beneficiários efetivos («BORIS»), que visa interligar os registos centrais nacionais dos beneficiários efetivos e o Portal Europeu da Justiça, e o projeto de interconexão do registo predial, Land Registers Interconnection (LRI).

jurídico reclamam rigor na identificação física dos prédios e que, portanto, a definição precisa da configuração geométrica dos prédios, a informação unívoca acerca das suas características e da sua afetação ou finalidade económica, a sua representação gráfica e as suas coordenadas geográficas são elementos que conferem aparência de verdade à descrição registal e que, nessa medida, se vertem em valor acrescentado para o escopo do registo.

Uma infraestrutura de informação cadastral, devidamente articulada com o registo predial, só poderá, pois, repercutir-se positivamente nas finalidades de consolidação da segurança jurídica, de facilitação do crédito e do intercâmbio dos bens e de cumprimento da função social da propriedade que, em regra, animam os sistemas de registo. Contudo, será precipitada e "desinformada" a ideia de que o paradigma de sustentabilidade económica e social se basta com um *cadastro predial multifuncional.*

É certo que só o reconhecimento do território na sua dimensão física, *maxime* da malha de prédios rústicos e urbanos que o compõem e são objeto de propriedade privada, permitirá gizar, com algum módico de eficácia, políticas públicas de promoção de sistemas agrícolas produtivos e resilientes e de cidades economicamente produtivas, ambientalmente sustentáveis e socialmente inclusivas, porém, nenhuma destas concretizações se logrará, se não se garantir, do mesmo passo, um conhecimento preciso do *estatuto jurídico* dos prédios.

Um modelo de desenvolvimento sustentável, que tome o território e a paisagem por objeto, não prescinde da participação dos titulares dos direitos sobre os prédios, na exata medida em que detêm os poderes ou faculdades de gozo, fruição ou disposição dos mesmos, e também não poderá abdicar da estabilidade e do plano de eficácia das relações jurídico-reais outorgados pela publicidade registal.

Na "visão holística do que deve ser uma boa sociedade", e nessa interação complexa de fatores que carateriza e dá corpo à ideia de sustentabilidade, intercede um compromisso de justiça, de coesão social, de proteção dos direitos fundamentais e de segurança jurídica que abrange o comércio jurídico imobiliário e o papel do Estado na proteção do direito patrimonial privado.

Ora, ao contrário do que, por vezes, se vê afirmado, tal desiderato não se concretiza à custa de uma identificação unívoca dos prédios,

que leve ancorada uma referência à sua titularidade ou aos direitos respetivos, senão por via de uma articulação entre sistemas, de informação cadastral e de publicidade das situações jurídico-reais, devidamente depurados e capazes de eliminar os custos de vigilância ou de preservação e custódia dos direitos e, bem assim, garantir solidez e integridade ao mercado jurídico imobiliário.

Por isso, é, para nós, claro que os "espaços únicos de informação predial", que se queira formar à custa de soluções tecnológicas, só poderão constituir-se em ferramenta de estabilidade e de segurança jurídica, se funcionarem por remissão automática ou mediante interface com a base de dados do registo predial, de modo a que a "informação registal" se apresente na sua verdadeira vocação de *publicidade jurídica*, com efeitos substantivos sobre a situação publicitada, e não como uma sub-base de dados em relação de subsidiariedade com o cadastro.

Aprender a viver na era da máquina

Feitas estas ressalvas, não cabe, obviamente, persistir numa ideia de "silos de informação" relativos à mesma realidade material (prédio) ou arredar as vantagens de portais únicos de acesso à informação, de contextos de interoperabilidade, de interconexão e de cooperação, prescindindo dessa força vital da sociedade da informação que tem por base as tecnologias.

O nível de maturidade tecnológica no relacionamento com os utentes e o suporte digital em que, atualmente, tramita a produção e divulgação da informação registal constituíram mesmo o pano de fundo essencial para a prestação do serviço em contexto pandémico, permitindo manter a continuidade do serviço público, sem quebra de segurança ou de fiabilidade, quer por via da ampliação do canal digital para certos atos que, até então, exigiam a presença física dos interessados, quer pelo recurso à assinatura eletrónica como meio de expressão e de recognoscibilidade do usuário, bem como de imputação de autoria das declarações contidas nos documentos eletrónicos.

No plano normativo, a confiança no ambiente em linha e o ocaso do suporte de papel têm sido, aliás, fomentados, não só pela harmonização pan-europeia das assinaturas eletrónicas e dos efeitos legais dos

documentos eletrónicos, como através de princípios de *equivalência e de não discriminação*, que, a mais de promoverem a igualdade entre o suporte eletrónico e o suporte de papel, prevenindo eventuais brechas digitais, acabam, de algum modo, por deslocar o foco do *corpus,* ou forma de representação da informação, para o seu conteúdo [19].

Conquanto a fonte de prova da autoria dos documentos continue a assentar na sua subscrição e a assinatura continue a ser, portanto, "*o elemento integrador entre o documento e o documentado, entre o escrito e o pensamento, entre o conteúdo e o continente*", temos agora uma equivalência funcional entre a assinatura autógrafa e uma assinatura eletrónica qualificada que se une ao documento segundo soluções tecnológicas, as quais permitem validar a presunção de autoria do signatário, mas também assegurar a integridade do conteúdo assinado [20].

O documento escrito apresenta-se, pois, numa nova categoria, de *documento eletrónico*, que não perde exatamente materialidade, porquanto continua a necessitar de um suporte que conserve a sequência de *bits*, mas que interfere com os dados enformadores do conceito de documento, posto que os elementos de validação do documento eletrónico passam a estar vinculados ao seu conteúdo, e não ao suporte, que pode variar sem que a informação se perca ou se modifique, tornando-se, assim, aleatório ou simplesmente ocasional.

Esta desvinculação entre *continente* e *conteúdo* consegue, por si só, concitar novas reflexões dogmáticas, designadamente quando se queira estabelecer a distinção entre "título formal" e "título material", e pode modificar, certamente, o paradigma do processo de registo, ao transferir, progressivamente, o centro de gravidade da prova documental da entidade física ou *res* (coisa material ou tangível) *que permanece no tempo* (documento analógico) para a entidade lógica (documento eletrónico) ou forma nova (digital), que é o resultado de vários

[19] Cfr. as definições e caraterísticas apontadas à assinatura eletrónica e ao documento eletrónico no Regulamento (UE) n.º 910/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de julho de 2014, relativo à identificação eletrónica e aos serviços de confiança para as transações eletrónicas no mercado interno (*eIDAS*) e no Decreto-Lei n.º 12/2021, de 9 de fevereiro, que assegura a sua execução na ordem jurídica interna.

[20] Neste ponto, seguimos de perto SOUSA, LUÍS FILIPE PIRES DE (2017), pp. 15 e ss., e doutrina aí citada.

GESTLEGAL

elementos (*software, hardware, suporte de gravação e metadados*) *unidos entre si por um nexo lógico e operacional* [21].

A transição do registo para o meio digital introduz, pois, variações do pensar que vão além da intercambialidade dos suportes de comunicação e de informação. Mais do que ferramentas, as tecnologias podem ser fontes de erosão do paradigma contratual e do modo de funcionamento do registo, não porque "as verdades de ontem se tenham convertido num erro para hoje", mas porque há uma mudança de orientação na própria sociedade que nos leva a ver diante de nós "outras verdades diferentes das de ontem" [22].

No câmbio do suporte de papel para o meio digital e no plano da formação das relações jurídico-reais, tecem-se, assim, a "conectividade", a "urgência do tempo" e a "normalização técnica" que caracterizam o ritmo social hipermoderno e a lógica do mercado globalizado, com os seus modelos de contratação eletrónica, destituídos de proximidade e de imediação.

Expliquemo-nos. A exigência de formalidades do título continua a radicar no mesmo objetivo de assegurar o prestígio da Lei e de conformar adequadamente os efeitos pretendidos pelas partes ao ordenamento jurídico, contudo, a ideia de transparência, associada à liberdade de informação, que desponta de um meio tecnológico acessível a todos, remetem-nos para processos maquinais e de aceleração que procuram excluir a hermenêutica e garantir a uniformização, numa linguagem operacionalizada e, tanto quanto possível, destituída de ambivalência [23].

Emergem, hoje, novos modelos de contratação, despojados de *singularidade*, que se formam dentro de plataformas eletrónicas e se analisam num conjunto de cláusulas total ou parcialmente escritas em

[21] SOUSA, LUÍS FILIPE PIRES DE (2017), pp. 29/30.

[22] Inspiramo-nos aqui na primeira lição de ORTEGA Y GASSET, JOSÉ (2016), pp. 11 e ss.

[23] Numa perspetiva filosófica, que, todavia, não deixa de aproveitar a uma análise mais fina do campo que nos ocupa, HAN, BYUNG-CHUL (2014), propõe que o tema da transparência é hoje dominante e transversal, e que a sociedade da transparência é uma sociedade de informação, onde não há transcendência e onde a linguagem se apresenta positivada e operacionalizada, ou, como diria Heidegger, como linguagem da "engrenagem".

linguagem de programação e em protocolos de transação computorizados, e que tendem a operar com base numa tecnologia de bases de dados distribuída, também designada por *Blockchain* [24].

Pese embora ainda não existir uma definição de *smart contract* inteiramente adequada ao discurso jurídico [25], não faltam ensaios sobre a sua relevância no domínio das transações, ampliando-se a sua vocação natural de execução de prestações de forma tipicamente automatizada, ligada a um contrato em sentido jurídico, para contrato jurídico *a se* ou *smart legal contract*, que possa incluir, nas suas linhas de código, os elementos essenciais do negócio e a manifestação de vontade das partes, e seja, portanto, apto a produzir efeitos jurídicos [26] [27].

A exaltação da *Blockchain*, como tecnologia que confere fiabilidade e segurança, e que permite reforçar a autonomia das partes e reduzir os custos, mediante eliminação de intermediários, tem servido de amparo a uma ideia de autossuficiência da "máquina", alicerçada em critérios de eficiência, celeridade e operacionalização, vale dizer, em projeções terminológicas da *sociedade uniformizada* e *positiva*, que se insere, *sem* resistência, *na corrente lisa da comunicação e da informação* [28] [29].

Na mesma corrente de vivência do tempo acelerado, "provocada e sustentada pela computorização e digitalização da comunicação e da informação" [30], filia-se ainda o intento de transmutação do objeto do

[24] Tal não significa, naturalmente, que tais "formas de contratação" não possam ser dissociadas das DLT (*Distributed Ledger Technology*) ou que não possam socorrer-se de outros tipos de DLT, para além da *blockchain*. Ainda assim, tem sido por ligação à *blockchain pública* que tais figuras têm ganhado projeção teórica e utilidade prática.

[25] CATCHLOVE, PAUL (2017).

[26] Sobre os *smart contracts* e as questões legais que a sua mobilização no âmbito do comércio internacional pode suscitar, FARREL, SCOTT et al., (2017).

[27] Salientando que, a despeito da celeridade e eficiência da solução ínsita nos *smart contracts*, está por demonstrar esta seja também uma solução eficaz, designadamente no plano da segurança jurídica, SAAVEDRA MORALES, SERGIO (2019).

[28] Sobre o labor da União Europeia no sentido de acelerar e potenciar as valências da Blockchain no espaço comum europeu, cfr. EU BLOCKCHAIN OBSERVATORY & FORUM, em https://www.eublockchainforum.eu/

[29] Cfr. nr. 24 supra.

[30] O aceleracionismo presta-se a muitas distinções, mas, como bem observa MARTINS, HERMÍNIO (2003), pp. 20 e ss., sentimos bem que estamos a viver, e condenados a viver, *na e pela aceleração*, pese embora alguma resistência e dissonância daqueles que querem salvaguardar, da contaminação generalizada, da "era

direito de propriedade imobiliária em *res* digital, ancorada na *Blockchain* e representada como *informação coisificada*, através de um mecanismo de *tokenização* que vive da conectividade e que nos empurra para um sistema híbrido, de *bitproperty*, onde o "real" e o "virtual" se confundem [31].

Neste modo de vida digital, a intervenção da entidade tituladora seria substituída por um *oráculo*, que se encarregaria de sinalizar as cláusulas ilegais ou abusivas, a justiça preventiva, que é corolário da atividade notarial, cederia o seu lugar a sistemas de mediação ou arbitragem, eventualmente conduzidos por *inteligência artificial*, os vícios da vontade e as incapacidades acidentais seriam detetáveis a partir de soluções tecnológicas de *reconhecimento de emoções e reações*, e as questões relativas à verificação da identidade das partes ficariam escudadas em *sistemas de identificação eletrónica* seguros, como se pretende venha a ser a Identidade Digital Europeia [32].

No plano da publicidade em face de terceiros, por seu turno, o paradigma que se testa e se anuncia é ou o da *equivalência*, assente numa ideia de liberdade de escolha dos cidadãos sobre o modelo de publicidade que querem mobilizar, ou o da *coordenação* entre registo predial e *blockchain*, tendo em vista garantir a sintonia ou coincidência entre o titular da propriedade e o titular do *token* [33], tudo dependendo, enfim, das características de cada ordenamento jurídico e do grau de *tropismo tecnológico* em curso.

A verdade é que transitamos, paulatinamente, de um mundo real e tangível para uma vivência digital que nos socorre, mas que, ao mesmo tempo, nos feudaliza e nos coloca perante a questão de saber se será a "máquina" merecedora de tamanha confiança; qual deverá ser a feição

---

do acesso" permanente e ubíquo, da celerização, certos interstícios residuais não eletrónicos.

[31] Vd. ERP, SJEF VAN (2019).

[32] Vd. a este propósito, a *estratégia europeia para a digitalização*, designadamente o plano para a criação de uma carteira europeia de identidade digital, proporcionando uma identificação segura no âmbito dos serviços em linha e no relacionamento eletrónico com os serviços públicos, e a proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que altera regulamento (UE) n.º 910/2014 no que diz respeito à criação de um quadro para uma Identidade Digital Europeia, disponível em: https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/trusted-and-secure-european-e-id-regulation.

[33] GARCIA TERUEL, ROSA M./SIMÓN MORENO, HÉCTOR (2021).

do sistema jurídico diante da possibilidade de existência de *algoritmos com carta branca para agir enquanto decisores autónomos* [34]; no fundo, como *sermos humanos na era dos algoritmos* [35].

Mesmo que se queira dizer que a expressão "inteligência artificial" (IA) cunhou um *imenso mal entendido*; que, ao invés de substituir a inteligência humana, o que a IA faz é aumentá-la; e que, podendo ser a máquina tomar a decisão depois de analisar um conjunto de dados, a sua escolha será sempre tomada em função da base de dados sobre a qual o sistema foi fundado [36], a verdade é que os avanços tecnológicos nos permitem cogitar automatismos que podem realmente alterar a aparência do sistema jurídico.

Acompanhamos aqueles que pensam que *a escolha não está entre um algoritmo com falhas e um qualquer sistema imaginário perfeito* e que *a única comparação justa é entre o algoritmo e aquilo com que ficaríamos na sua ausência* [37], donde, não nos custa aceitar as valências do algoritmo e da automatização em determinados segmentos da atividade, designadamente ao nível da gestão procedimental e da realização de atos de mero expediente, como são as notificações ou comunicações com os interessados, no tratamento estatístico ou mesmo no âmbito da anotação e execução de registos que dispensem acertamento e se bastem com conexões objetivas.

Sabendo-se que, no nosso sistema de registo, o ato registal não é a sua expressão material, inscrita na ficha do prédio, mas é *uma apreciação e uma decisão*, vale dizer, *um juízo e um ato de vontade* [38], a questão mais sensível que o futuro nos coloca é, contudo, a de saber

[34] Esta possibilidade abre novos e distintos problemas jurídicos, como os que aponta BARBOSA, MAFALDA MIRANDA (2017), pp. 1475/150, e que, por exemplo, se analisam nas questões de saber se existem pessoas eletrónicas (*eletronic persons*) que possam ser centro autónomo de imputação de relações jurídicas ou se, de algum modo, poderá proceder uma analogia dos entes dotados de inteligência artificial com a *dignitas* do ser humano.

[35] Seguimos de perto o confronto feito por FRY, HANNAH (2019), destacando, como passagem que se ajusta a todas as dimensões da nossa vida, que, nesta tempestade perfeita de confiança, poder e influência desajustados dos algoritmos, as consequências têm o potencial de alterar fundamentalmente a sociedade.

[36] Neste sentido, JULIA, LUC (2019), pp. 272 e ss.

[37] FRY, HANNAH, (2019), pp. 103/104.

[38] ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE (1966), p.196.

se o ato registal, assim definido, pode ser o resultado de um qualquer algoritmo de IA; se, também neste domínio, a ação humana direta é passível de substituição pela máquina.

Obviamente, se pensarmos que a qualificação registal assenta no primado do Direito e se orienta por parâmetros de legalidade estrita, não será impertinente reconhecer que os sistemas de IA, pela capacidade de armazenamento de fontes que apresentam, estarão preparados para produzir uma decisão de cariz jurídico.

Porém, a mais de a barreira existente entre a linguagem (binária) da máquina e a linguagem (natural) em que o ordenamento jurídico se expressa implicar um acervo de *normas artificiais* que não são a *letra* da lei, mas são a sua tradução em linguagem computacional e, portanto, são já a sua interpretação, temos também que o juízo crítico e o labor analítico ínsitos na decisão registal nem sempre se acomodam nos limites estreitos de um silogismo.

Se consideramos que nem todos os conceitos jurídicos se encerram numa extensão determinada, comportando, muitas vezes, zonas de penumbra que compete ao aplicador do direito iluminar, e se aceitarmos, por outro lado, que o ponto de partida do aplicador do direito não é já a regra jurídica, mas o *caso concreto*, e que também a decisão deve levar implicada a ponderação das dimensões éticas, culturais e sociais que conformam o ambiente em que a mesma é tomada, teremos, no mínimo, de discutir se *devemos confiar nas máquinas ou no discernimento humano* e se não deveremos garantir, pelo menos, que nenhum automatismo possa dispensar um princípio de sindicabilidade por decisores humanos.

3. CONCLUSÃO

Tais variações do pensar, que julgamos surpreender nesta onda do tempo novo, serão, pois, novas verdades que ascendem à discursividade registal, porque a realidade mudou rapidamente e em diversas direções e porque a sociedade nos pede novas respostas, porém, a verdade que ainda se banha *na ribeira do tempo* continua a ser aquela que se molda nos valores da segurança jurídica, da justiça preventiva e da coesão social.

Na parte que nos interessa, esses valores não se encerram só num intento de eficiência e de crescimento económico ou numa função de *gatekeeper* dos direitos privados, mas também numa ação dirigida ao desenvolvimento territorial e ambiental sustentável, à justiça social e à promoção do Estado de Direito, a qual se realiza e alcança através de novos *inputs* registais, de outras camadas de informação relativas aos prédios e ao seu estatuto de direito público, e de extensões de atividade cimentadas na cooperação e complementaridade com outros centros de interesses coletivos.

Por outro lado, a desmaterialização eletrónica da informação e as múltiplas potencialidades das tecnologias disruptivas permitem-nos espreitar o portal de uma nova realidade e o manancial de *novas ideias* que a era dos algoritmos consente, antecipando algum futuro sobre novos modelos contratuais e uma nova relação de conhecimento registal, que pode, realmente, mudar na forma e na linguagem. Ponto é, no entanto, que não se mude o seu significado.

Como lapidarmente já vimos escrito, com um propósito mais elevado [39], mas com igual pertinência para aquilo que aqui nos importa, "cada grande ideia nasce sete vezes de maneira diferente [mas] o que se esqueceram de dizer é que cada má ideia nasce pelo menos setenta vezes, e que para a corrigir seria preciso repetir cada pequena verdade pelo menos setecentas". Aguardamos, por isso, que as novas ideias para o registo predial possam nascer sete vezes de maneira diferente, mas que a razão de ser da publicidade jurídica não se constitua em pequena verdade que tenhamos de repetir pelo menos setecentas.

BIBLIOGRAFIA

Almeida, Carlos Ferreira de, *Publicidade e Teoria dos Registos*, Coimbra: Almedina, 1966

Amaral/Maria Lúcia, *apud* Monteiro, Cláudio, *O domínio da cidade — A propriedade à prova no Direito do Urbanismo*, 2010 [Consult. 2021/09/06]. Disponível em https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/4517/4/ulsd061425_td_tese.pdf

Aragão, Alexandra, "*O mapeamento dos serviços culturais dos ecossistemas e a deteção de injustiças territoriais*", As infraestruturas de dados espaciais e outras ferramentas de apoio a uma decisão justa — atas do colóquio, editado por Alexandra Aragão (coord.). Portugal: Instituto Jurídico, FDUC, 2018 [Consult. 2021/11/07]. Disponível em https://www.uc.pt/fduc/ij/publicacoes/pdfs/Livro_AA.pdf

Ascensão, José de Oliveira, *O Direito — Introdução e Teoria Geral*, 13.ª ed. ref., Coimbra: Almedina, 2009

Barbosa, Mafalda Miranda, "*Inteligência Artificial, E-Persons e Direito: Desafios e Perspetivas*", Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 3 (2017), n.º 6, [Consult. 2021/11/07]. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/6/2017_06_1475_1503.pdf,

[39] TAVARES, RUI (2021).

GESTLEGAL

CATCHLOVE, PAUL, "*Smart contracts: a new era of contract use*", 2017 [Consult. 2021/11/07]. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3090226

ERP, SJEF VAN, "*Land registration and "disruptive" (or "trustworthy"?) technologies: Tokenisation of immovable property*", 2019. [Consult. 2021/11/07], disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3441938

FARREL, SCOTT, "*Lost and found in smart contract translation — considerations in transitioning to automation in legal architecture*", 2017 [Consult. 2021/11/07]. Disponível em https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/17-06783_ebook.pdf

FRY, HANNAH, "*Olá Futuro — Como ser Humano na Era dos Algoritmos*", Lisboa: Planeta Manuscrito, 2019

GARCIA TERUEL, ROSA M./SIMÓN MORENO, HÉCTOR, "*The digital tokenization of property rights. A comparative perspective*", 2021. [Consult. 2021/11/07]. Disponível em: https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0267364921000169

GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL, *Direito da União — História, Direito, Cidadania, Marcado Interno e Concorrência*, 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2014

HAN, BYUNG-CHUL, *A Sociedade da Transparência*, Lisboa: Relógio D´Água, 2014

JARDIM, MÓNICA, "*Os sistemas registais e a sua diversidade*", Revista Argumentum, jan./abr. 2020, [Consult. 2021/11/07]. Disponível em: http://201.62.80.75/index.php/revistaargumentum/article/viewFile/1316/779

JULIA, LUC, "*L´intelligence artificielle n´existe pas*", Paris: First Editions, 2019

MARTINS, HERMÍNIO, "*Aceleração, progresso e experimentum humanum*", Lisboa: Dilemas da Civilização Tecnológica, Imprensa de Ciências Sociais, 2003

MOTA, HELENA, "*O presente e o futuro das relações familiares e sucessórias internacionais no Direito da União Europeia. Um ponto da situação*", Revista Eletrónica de Direito, fevereiro 2015, n.º 1 [Consult. 2021/11/07]. Disponível em: https://cije.up.pt//client/files/0000000001/7_667.pdf

ORTEGA Y GASSET, JOSÉ, *O que é a filosofia?*, Lisboa: Cotovia, 2016

PATRÃO, AFONSO, *Autonomia conflitual na hipoteca e reforço da cooperação internacional: Removendo obstáculos ao mercado europeu das garantias imobiliárias*, Lisboa: Livros Horizonte, 2017

SAAVEDRA, MORALES, SERGIO, "Del fast food y los smart contracts para el Conejo Blanco de Alicia (...y los sistemas registrales)", 2019 [Consult. 2021/11/07]. Disponível em: https://www.iberoreg.org//wp-content/uploads/2020/01/Del-fast-food-y-los-smart-contracts.pdf

SACHS, JEFFREY D., *A era do desenvolvimento sustentável*, Lisboa: Atual, 2017

SOROMENHO-MARQUES, VIRIATO, *Metamorfoses — Entre o colapso e o desenvolvimento sustentável*, Mem Martins: Publicações Europa América, 2005

SOUSA, LUÍS FILIPE PIRES DE, *O Valor Probatório do Documento Eletrónico no Processo Civil*, Coimbra: Almedina, 2017

TAVARES, RUI, "*Os direitos humanos são universais, ou não serão direitos, nem humanos*", Jornal Público, 27 de agosto de 2021 [Consult. 2021/11/07]. Disponível em: https://www.publico.pt/2021/08/27/opiniao/opiniao/direitos-humanos-sao-universais-nao-serao-direitos-humanos-1975384

TEIXEIRA, MADALENA, "*O papel do registo predial na eliminação/minimização das injustiças territoriais*", in As infraestruturas de dados espaciais e outras ferramentas de apoio a uma decisão justa — atas do colóquio, editado por Alexandra Aragão (coord.). Portugal: Instituto Jurídico, FDUC, 2018, [Consult. 2021/11/07]. Disponível em: https://www.uc.pt/fduc/ij/publicacoes/pdfs/Livro_AA.pdf

ALIENAÇÃO EM GARANTIA, TAXATIVIDADE E PACTO COMISSÓRIO NO DIREITO PORTUGUÊS (*)

MARGARIDA COSTA ANDRADE (**)

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. PRIMEIRO PROBLEMA: A COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE DOS DIREITOS REAIS E A PROPRIEDADE FUNCIONALIZADA À GARANTIA DE UM CRÉDITO 3. ALIENAÇÃO EM GARANTIA E PROIBIÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO 4. CONCLUSÃO.

1. INTRODUÇÃO

1. A alienação em garantia não é um negócio jurídico tipificado na Lei portuguesa (1); mas, atendendo às vantagens que lhe são inerentes e bem conhecidas (2), perguntámo-nos se seria admissível, entre nós, o

(*) Ao Sérgio Jacomino dedicamos, obviamente, este singelíssimo retorno ao tema que foi objecto da nossa dissertação de doutoramento (e da qual recuperámos alguns trechos). E dedicamo-lo, não apenas ao Jurista de reputação e capacidade reflexiva indisputáveis, mas (sobretudo) ao Amigo curioso, sensível, provocador, generoso e honesto. Destes encontros que fomos tendo há mais de uma década sobra-nos sempre a esperança e o desejo pelos que se seguirão — e que mais pode alimentar a amizade se não a saudade do que foi e do que ainda está por vir?

(**) Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra FDUC.

(1) Dizemo-lo sem prejuízo de, pela mão do Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio, ter sido apresentada ao ordenamento jurídico português a *alienação fiduciária em garantia financeira*. Sobre a relevância da alienação fiduciária em garantia financeira para aferir da atipicidade da alienação em garantia, *v.* o nosso (2021), p. 362 e segs.

(2) Os benefícios que se colhem de um contrato deste género são evidentes: se a coisa for de interesse para o devedor, o credor sente-o estimulado ao cumprimento; mas, mais importante do que isso, o não cumprimento importará uma satisfação célere e eficaz do interesse do credor pela consolidação da propriedade (dispensando-se, pois, o recurso a qualquer procedimento judicial, com todas as delongas,

GESTLEGAL

contrato por meio do qual a propriedade sobre coisa autónoma, certa, determinada e corpórea se transmitiria para um credor a título de garantia, assumindo o novo proprietário a obrigação de devolver esse mesmo bem uma vez verificado o cumprimento da obrigação garantida; sendo certo que, não se verificando o adimplemento, sempre se manteria o direito de propriedade com o credor.

2. Como se sabe, este negócio jurídico corresponde ao que a tradição manda qualificar como alienação (fiduciária [3]) em garantia de tipo romano — ou *fiducia cum creditore* —, muito embora o instituto originário tenha sido condenado ao esquecimento durante séculos, emergindo nos 1800s.

Nos finais do séc. XIX, a revolução industrial promoveu, na Alemanha, a ascensão de uma classe burguesa que estava sedenta de capital, mas não encontrava um expediente capaz de conciliar equitativamente os interesses de quem dele dispunha em quantidade bastante para o oferecer como fonte de financiamento. Por uma parte, a burguesia não tinha riqueza imobiliária, pelo que só raramente poderia servir-se da hipoteca. Por outra, a regular constituição do penhor dependia do desapossamento — ora, as coisas que poderiam ser dadas em penhor (matérias-primas, maquinaria, ferramentas, *etc.*) não podiam ser colocadas nas mãos dos credores (que também não estariam muito interessados em guardá-las), uma vez que eram necessárias para o desenvolvimento da actividade comercial e industrial, e cujos proveitos eram essenciais para honrar o contrato de mútuo. Para sair deste impasse, começam os empresários a celebrar contratos de compra e venda, mais ou menos simulados, mais ou menos clandestinos, desempenhando o preço o papel da quantia mutuada e a propriedade andando para cá e para lá, primeiro, para garantir o cumprimento, depois por já não ser necessário sequestrar o direito. Ora, enquanto

despesas e incertezas que lhe são inerentes e que acabam por se repercutir no preço cobrado pelo dinheiro emprestado). Naturalmente, tudo o que beneficia o credor acaba por trazer vantagem ao devedor, enquanto este mais facilmente acederá ao crédito ou, pelo menos, em melhores condições o conseguirá.

[3] Sobre as razões que nos levaram a afastar a alienação em garantia do domínio dos negócios fiduciários, v. o nosso (2021), p. 251 e segs.

os sujeitos envolvidos no acordo iam sendo fiéis aos compromissos assumidos, e não chamavam a atenção dos respectivos credores, a propriedade lá ia e vinha, movimentando-se no *bas fond* do Direito. *Porém*, quando surgiam conflitos, quer entre o devedor e o credor, quer entre estes e os respectivos credores, os aplicadores da Lei dividiam-se entre aqueles que acusavam a compra e venda de ser simulada e repudiavam a utilização da propriedade em garantia (porque saíam defraudadas as regra do desapossamento pignoratício, da proibição do pacto comissório, do princípio da taxatividade dos direitos reais...) e aqueles que consideravam ser os interesses em jogo merecedores de tutela jurídica, ainda que se vissem despojados das melhores ferramentas para lidar com algo que parecia ser completamente novo, logo por não receber descrição (e muito menos tratamento) nos tratados. Esta parte da jurisprudência e da doutrina recorreu, então, a artificiosas e complexas montagens negociais que partiam da base oferecida pela compra e venda, até que se deu esta feliz coincidência: numa empoeirada igreja de Verona, foi descoberto um texto que Niebuhr enviou a SAVIGNY e sobre o qual este, reconhecendo a pena de Gaio, logo vaticinou: "certamente irá dar nova vida aos nossos juristas" [4]. De facto, aí se referia a transmissão da propriedade em garantia como *fiducia cum creditore*, pelo que o Direito Romano apareceu para dar sustentação teórica e regime jurídico a um esquema que, visando embora — e abertamente (de Regelsberger a frase que passou para a posteridade: "o negócio fiduciário é um jogo com as cartas à mostra" [5])— escapar ao *modus operandi* das garantias tradicionais, satisfazia interesses que se consideravam merecedores da tutela do Direito. Os germânicos, com o seu sentido prático, rapidamente a acolheram, em especial como alternativa ao penhor. Os italianos, franceses, espanhóis e portugueses também logo deram conta do que pela Alemanha se passava e, enquanto reproduziam o debate a que assistiam, foram ensaiando modelos de importação da alienação em garantia para os seus respectivos ordenamentos jurídicos.

[4] DONALD R. KELLEY (1979), p. 620. A carta escrita por Niebuhr a SAVIGNY pode ler-se em BUNSEN/B
RANDIS/LORBELL (1854), p. 819 e segs.
[5] (1880), p. 173-174.

GESTLEGAL

Naturalmente, não vamos aqui e agora narrar todas as peripécias por que passou a admissibilidade da alienação em garantia nestes países. Hoje interessam-nos apenas estas duas questões: *é tal negócio jurídico compatível com os princípios da taxatividade e da tipicidade dos direitos reais? e com a proibição do pacto comissório?* Na nossa opinião, as respostas deverão ser irrestritamente positivas, passando este acordo, e sem grandes escoriações, por essas duas exigentes provas que *todos*, desde os finais do séc. XIX, sempre disseram que teria de ultrapassar.

3. *Antes*, porém, de avançarmos, será necessário sublinhar que escolhemos dedicar-nos ao chamado *modelo romano* (em que a alienação em garantia surge como contrato por meio do qual a propriedade é transferida para o credor, que, concomitantemente, assume o dever de retransmitir), de parte deixando o "modelo germânico" (ou *Treuhand*), que se caracteriza pela eleição do cumprimento como condição resolutiva da transferência da propriedade, razão pela qual se usa dizer ser mais amigo do devedor. Esta estrutura negocial não conheceu sucesso avassalador no direito europeu; aliás, na realidade, nem sequer no ordenamento jurídico alemão. Aqui, a doutrina unanimemente observa que a prática manifesta inquestionável preferência pelo segundo, justamente por ser aquele que, colocando a transferência da propriedade *sob decisão do credor*, se revela para este mais favorável. Por outra parte, quando, no início do séc. XX, os primeiros autores italianos começaram a experimentar a importação do negócio fiduciário, deixaram de parte a transmissão da propriedade sob condição resolutiva e assim determinaram a direcção em que toda a investigação posterior (não só portuguesa, mas também francesa [6] e espanhola [7]) avançou até aos nossos dias [8]. Ou seja, no direito continental a atenção, pelo menos em matéria da utilização da

[6] Sobre a *fiducie*, que, no ordenamento jurídico francês, não tem função apenas de garantia, *v.*, por todos, o nosso (2021), p. 153 e segs.

[7] Sobre a evolução da *fiducia* até à *venta en garantía*, *v.*, por todos, o nosso (2021), p. 214 e ss.

[8] Sobre a riquíssima experiência italiana neste tema, *v.*, por todos, o nosso (2021), p. 93 e ss.

propriedade em garantia, e sem que no direito português se observe movimentação contra a corrente, está quase exclusivamente voltada para a *fiducia cum creditore*, e foi por isto — mas também porque foi este o tipo eleito (embora sem exclusividade) pelo nosso legislador no Decreto-Lei de 105/2004 [9] — que escolhemos entrar no mesmo andamento e dedicar o nosso trabalho à *fattispecie* romana [10].

De qualquer modo, sempre poderemos adiantar que, do ponto de vista do direito português, se o *A* transmite a propriedade sobre bem próprio para o *B* ficando assente que, no momento em que se der o cumprimento da dívida que os une, a propriedade regressará ao património do primeiro, coligem-se neste acordo as três características identificadoras da condição resolutiva tal como ela se encontra descrita no art. 270.º do Código Civil [11]: *1)* existirá um evento futuro e incerto (cumprimento); *2)* cuja verificação determinará a resolução dos efeitos de um determinado negócio jurídico; *3)* em resultado da vontade das partes e não por imposição da lei.[12]E assim se passarão as coisas independentemente de o negócio condicionado produzir efeitos obrigacionais ou também reais, sendo expressamente prevista a liberdade de transmissão de uma propriedade resolúvel no n.º 3 do art. 1307.º, que, por sua vez, convoca a aplicação dos arts. 272.º a 277.º [13]. A liberdade que o legislador português concede às partes de condicionarem o negócio translativo não é, evidentemente, ilimitada, sendo de avaliar se a condição, ou melhor, se o evento condicionante, mesmo que lícito, não influencia a validade da condição e, consequentemente, a do negócio condicionado. De facto, como explicava MANUEL DE ANDRADE [14], haverá casos em que, apesar de o evento condicionante ser lícito, o nexo com o restante conteúdo do negócio acabará por impor a

[9] *V.* nt. 1.

[10] Sobre a *fiducia cum creditore*, da origem ao ocaso em benefício das garantias reais pignoratícia e hipotecária, *v.*, por todos, o nosso (2021), p. 25 e ss.

[11] Doravante, a este diploma pertencerão todos os preceitos cuja Lei de origem não seja identificada.

[12] MOTA PINTO/PINTO MONTEIRO/MOTA PINTO (2005), p. 562.

[13] Nos termos do n.º 1, "[o] direito de propriedade pode constituir-se sob condição"; e, segundo o n.º 3, "[à] propriedade sob condição é aplicável o disposto nos artigos 272.º a 277.º".

[14] (1964), p. 370 e ss.,

conclusão pela ilicitude da condição. O evento condicionante na alienação em garantia de tipo germânico — cumprimento do crédito — é, manifestamente, lícito; porém, porque se liga a sua não verificação à manutenção da propriedade com o credor, sempre surgirão pelo menos estas duas questões: a funcionalização da propriedade é compatível com os padrões de taxatividade predispostos pelo legislador?; e não se estará aqui a esconder um pacto comissório por detrás de um modo de transmissão da propriedade aparentemente sustentado pelos arts. 270.º e ss. e 1307.º? Assim sendo, embora não nos dediquemos ao modelo germânico, cremos serem-lhe úteis as soluções que se encontrarem para o tipo romanista [15].

[15] Um problema que há-de resolver-se por interpretação é o de saber se as partes quiseram um ou outro modelo, não sendo imprescindível que esteja indubitavelmente expressada a condição resolutiva ou a obrigação de devolução da propriedade. Pode acontecer (segundo PESTANA DE VASCONCELOS é até frequente) que a escolha por uma destas estruturas nem mesmo se descubra por interpretação, confrontando-se o aplicador da Lei com a necessidade de decidir qual será, afinal, o exacto acordo das partes. Na opinião deste autor, a integração deve fazer-se *condicionando a transmissão da propriedade*, por ser esta a solução mais benéfica para o devedor. Critério a que o autor também recorre para aquelas situações em que o contrato não seja claro quanto ao modo de restituição da coisa ao devedor, caso em que convoca as regras da interpretação negocial constantes do n.º 1 do art. 236.º ("a declaração negocial vale com o sentido que um declaratário normal, colocado na posição do real declaratário, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não poder razoavelmente contar com ele"), do art. 237.º ("em caso de dúvida sobre o sentido da declaração, prevalece, nos negócios (...) onerosos, o que conduzir ao maior equilíbrio das prestações"), bem como o n.º 2 do art. 11.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro (*in dubio pro stipulatorem*, quando as partes se tenham vinculado por recurso a cláusulas contratuais gerais). Cfr. (2007), p. 70 e ss., 168 e ss. Não questionando que a condição resolutiva é mais favorável para o devedor, hesitamos em seguir o autor. Nos termos do art. 239.º, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omisso, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta. Parece-nos, por princípio, tão válido dizer que *elas* — *ambas* — teriam querido a cláusula resolutiva, como afirmar que, tendo previsto a lacuna, teriam escolhido a obrigação de retrotransferência. Deverá a protecção do devedor fazer o desequilíbrio em favor da condição, sendo certo que nem esta nem a obrigação são soluções que devam ser afastadas por intervenção do princípio da boa fé? Se buscarmos apoio no direito alemão verificaremos que a maior parte da doutrina defende posição contrária. Isto é, *na dúvida*, não se considera a alienação condicionada, porque esta é a interpretação conforme com os usos, porque a condição não se presume e porque a posição

2. PRIMEIRO PROBLEMA: A COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE DOS DIREITOS REAIS E A PROPRIEDADE FUNCIONALIZADA À GARANTIA DE UM CRÉDITO

4. O princípio da taxatividade dos direitos reais é um dos mais relevantes princípios orientadores do Direito das Coisas português e, embora sejam vários os ordenamentos jurídicos que o adoptam, o nosso apresenta a originalidade de o ter consagrado positivamente na primeira parte do n.º 1 do art. 1306.º: "não é permitida a constituição, com carácter real, de restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito senão nos casos previstos na lei".

A doutrina portuguesa vem afirmando que a taxatividade não domina apenas o conteúdo do direito (o exercício dos poderes directos e imediatos sobre as coisas [16]), mas também o seu modo de constituição e o de extinção. Daqui a pergunta: se é certo que a regra é a da validade dos contratos atípicos, não serão de excepcionar os contratos reais quanto aos efeitos? De outro modo e mais especificamente: não imporá o princípio da taxatividade que a propriedade tenha de ser transmitida apenas por negócios tipificados? Já se vê que, se fosse de responder afirmativamente, logo por aqui se impediria inelutavelmente a continuação do nosso trabalho. Acontece, porém, que este não é obstáculo dificilmente transmontável, uma vez que, de acordo com o disposto no art. 1316.º, "o direito de propriedade adquire-se *por contrato*, sucessão por morte, usucapião, ocupação, acessão *e demais modos previstos na lei*", devendo a esta norma associar-se o art. 405.º, no qual se consagra o princípio da liberdade contratual:

---

contrária tutela a posição do devedor à custa do credor *e* do tráfico jurídico — cfr., p. ex., OECHSLER (2017), Rn. 9 ou SCHULTE-NÖLKE (2017), Rn. 12.

[16] Note-se que aqui dirigimos apenas a nossa atenção para aquela parte na estrutura dos direitos reais que se traduz no exercício de poderes sobre coisa certa, determinada e autónoma, sendo certo que, ao lado deles, se encontram deveres de conteúdo positivo (as chamadas obrigações reais ou *propter rem*). Como ensina HENRIQUE MESQUITA (1990), p. 125-126, "*direito real* é a *relação jurídica* através da qual uma coisa fica *directamente* subordinada ao *domínio ou soberania* de uma pessoa, segundo certo *estatuto*, que constitui a fonte não apenas dos poderes que assistem ao respectivo titular, mas também dos *deveres* que sobre ele impendem".

GESTLEGAL

"dentro dos limites da lei, as parte têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver". Ou seja, os modos de acesso à propriedade são indubitavelmente, determinados pelo princípio da taxatividade, *mas* nada impede que *um deles* — o contrato — seja *atípico*. A atipicidade contratual não é, pois, uma causa de ilicitude do contrato, mesmo que por ele se pretenda a produção de um efeito real; ainda que o destino esteja enumerado na lei, os trilhos contratuais para a ele chegar são tantos quantos a criatividade dos agentes económicos possa engendrar. [17]

5. Outra questão que tem de ser confrontada quando se afere da compatibilidade entre a alienação em garantia e o princípio da taxatividade é a de saber se a *causa de garantia distorce* o direito de propriedade que se quer atribuir ao credor de modo tal que, no final das contas, o direito que entra no património deste não pode subsumir-se ao que se descreve no art. 1305.º Na verdade, o legislador coloca *no conteúdo* deste direito real as faculdades de uso, fruição e disposição ("o proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da Lei e com observância das restrições por ela impostas"); e, diz uma parte da doutrina, quem recebe a propriedade em garantia não pode usar a coisa, nem aproveitar os frutos que ela produza, nem transferir o direito que a tem por objecto. Ou seja, em resultado do negócio jurídico de alienação em garantia, diz-se, o credor seria um proprietário *sem* os *iura utendi, fruendi et abutendi.*

Ora, na nossa opinião, esta observação só pode ser feita por quem confunda oneração real com oneração pessoal (ou obrigacional). O que é o mesmo que dizer que não podem retirar-se conclusões quanto à tipicidade de um direito real (*vinculação real* ou conformação do conteúdo do direito) quando em causa estejam compromissos assumidos pelo titular do direito (*vinculação pessoal*). Em momento algum recebe o credor um direito destituído daquelas faculdades, *mesmo que*, por

[17] Pense-se, a este propósito, no contrato de permuta, de cuja validade se não duvida, apesar de não conhecer tipificação legal.

efeito do contrato, se tenha ele colocado numa situação em que usar, fruir ou dispor da coisa sejam actos ilícitos.

Lancemos, para mais bem esclarecido ficar o que acabámos de afirmar, um rápido olhar ao que se passa na Alemanha. Deixando de parte as complexas considerações dogmáticas que sempre surgem a propósito do sistema alemão de transmissão dos direitos reais, interessa-nos apenas salientar que a alienação da propriedade ocorre em consequência de um negócio que produz, exclusivamente, efeitos reais, as relações entre as partes submetendo-se, separadamente, a um regime de rico conteúdo obrigacional que assentou firmemente o seu pé na tipicidade social depois de uma estreita e paulatina colaboração entre a jurisprudência e a prática. Assim, temos o negócio obrigacional que contém, não apenas o compromisso do devedor de que transmitirá o direito de propriedade e a manifestação da vontade do credor em recebê-la, mas também a funcionalização da propriedade: identifica-se o crédito garantido, o credor promete que devolverá o direito de propriedade uma vez verificado o cumprimento, reconhece ao devedor o direito de manter o bem na sua detenção, compromete-se a não exercer o direito de disposição, a não ser para efeitos de ressarcimento pelo incumprimento (o modo de satisfação é matéria disciplinada, normalmente, também pelas partes); o alienante-detentor assume ser seu dever usar criteriosamente o bem dado em garantia, celebrar um contrato de seguro em benefício do proprietário, entregar ao credor os frutos produzidos pela coisa, avisá-lo de todas as situações de risco de perecimento ou de deterioração... *Em suma*, o complexo normativo que disciplinará a relação entre as partes e que as vinculará uma perante a outra caracteriza-se pela ampla liberdade contratual.

Deixando de parte o facto de a estrutura contratual germânica ser completamente estranha ao direito português — já que aqui se adoptou o princípio da consensualidade (art. 408.º, n.º 1: "[a] constituição ou transferência de direitos reais sobre coisa determinada dá-se por mero efeito do contrato, salvas as excepções previstas na lei"), de modo tal que um único negócio jurídico está capaz de produzir, de uma só penada, os efeitos reais e obrigacionais — tudo se passará exactamente do mesmo modo entre nós. Ou seja, se o credor *se obriga a não* usar, *não* fruir e *não* dispor (independentemente de quem sobre a coisa exerça os poderes materiais), é titular de um direito de propriedade

GESTLEGAL

pleno, *desonerado e íntegro* nas suas faculdades; ainda que, *pessoalmente*, esteja *obrigado* a não exercê-las. Nada aqui produz, então, uma propriedade atípica e, consequentemente, nula.

6. E quando estejamos perante um contrato em que não exista qualquer regulamentação dos poderes sobre a coisa, apenas se detectando a função de garantia da propriedade no facto de o credor se comprometer à devolução uma vez cumprido o crédito?

É evidente que, quando o credor promete devolver a coisa *se, mas só se*, o devedor cumprir, tem de actuar, até lá, como contraente honesto e leal, especialmente não se colocando em situações que prejudiquem o adimplemento da obrigação de retorno. Sendo certo que esta não pode dizer-se cumprida só porque foi devolvido o bem, isto é, independentemente das condições em que ele se apresente uma vez findo o contrato. Se o credor se obrigou a devolver, *o princípio da boa fé na execução do contrato* impor-lhe-á *todos os deveres laterais e secundários* que assegurem, não só que a coisa é devolvida, mas que o escopo do dever assumido, o seu espírito, não é prejudicado. O que é o mesmo que dizer que o devedor da obrigação de devolver tem de actuar de modo a não prejudicar o seu credor, respeitando activa e passivamente um conjunto de vínculos que têm a sua fonte na obrigação principal [18]. Repise-se que, mesmo que as partes nada tenham

[18] A ideia é a de que "o vínculo obrigacional abriga, no seu seio, *não a um simples dever de prestar*, simétrico a uma pretensão creditícia, mas antes *vários elementos* jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade composta" (MENEZES CORDEIRO (1984), p. 586). E dois desses elementos são os *deveres secundários* ou *acessórios* da obrigação principal, de um lado, e os *deveres laterais* (chama-lhes MOTA PINTO) ou *acessórios de conduta* (na expressão preferida por ANTUNES VARELA), do outro (MOTA PINTO (1970), p. 337, ANTUNES VARELA (2000), p. 122). Os primeiros dirigem-se à realização do interesse *no cumprimento* e são essenciais para o *correcto cumprimento da obrigação principal* (MOTA PINTO (1970), p. 337, ANTUNES VARELA (2000), p. 122); os segundos "caracterizam-se por uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual e de protecção à pessoa ou aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes. Servem, ao menos nas suas mais típicas manifestações, o interesse na conservação dos bens patrimoniais ou pessoais que podem ser afectados em conexão com o contrato (*Erhaltungsinteresse*), independentemente do interesse no cumprimento. *Trata-se de deveres de adopção de determinados comportamentos, impostos pela boa fé em vista do fim do contrato (arts. 239.º e 762.º), dada a relação de*

dito, nenhum dos deveres que hajam de atribuir-se ao credor penetra no conteúdo do direito real, antes gravitando em torno da obrigação principal assumida. O que quer dizer que, ficando o credor com a coisa na sua detenção, é claro que a obrigação de devolução não fica prejudicada pelo facto de usar e fruir o bem, já que estas faculdades, por definição, não prejudicam a integridade do bem, não o consomem, pelo que não colocam em risco o integral cumprimento do dever de retorno. Ou seja, nesta hipótese, temos um proprietário que usa e frui, ainda que obrigacionalmente/pessoalmente comprometido pelo dever de retorno.

7. De qualquer modo, e porque o mais provável até será que a coisa seja colocada nas mãos do devedor, a faculdade que assume maior relevância neste contexto é a de disposição, faculdade esta que é, indubitavelmente, inerente ao direito de propriedade titulado pelo credor. E, então, pergunta-se: nada tendo sido dito no contrato (por exemplo, não lhe estando associado um compromisso de inalienabilidade [19]),

---

confiança que o contrato fundamenta, comportamentos variáveis com as circunstâncias concretas da situação. (...) Têm todos eles a missão de garantir a plena consecução dos interesses cuja satisfação constitui o *fim do contrato*, podendo incidir sobre uma acção ou um comportamento positivo (declaração, informação, cooperação com a contraparte, protecção desta, etc.) ou sobre uma omissão (abstenção de actos que importem consequências danosas para o objecto da prestação ou para a esfera jurídica pessoal e patrimonial da contraparte ou, mais genericamente, que envolvam qualquer perigo para a realização do fim contratual)" — MOTA PINTO (1970), p. 339 e 342, its. nosso. Enfim, o seu cumprimento é exigido ao contraente honrado e leal, que, se não pautar a sua conduta por estes critérios, será responsabilizado por violação positiva do contrato (art. 798.º) e será legítima a resolução do contrato (MOTA PINTO (1970), p. 342, MENEZES CORDEIRO (1984), p. 586).

[19] Uma cláusula deste género descobre-se, ainda que implicitamente, num contrato por meio do qual o credor declare que não exercerá os seus poderes *a não ser para* efeitos de garantia (esperará pela verificação do incumprimento para se ver, ele próprio, *pessoalmente*, livre do compromisso que abafa o exercício do poder de disposição). Seguindo ALMEIDA COSTA, que aderiu à construção que foi sendo erigida, desde os finais do séc. XIX, pela doutrina e jurisprudência francesa, italiana e alemã, tal cláusula é nula sempre que com ela se pretenda espoliar o adquirente (de modo permanente) do exercício da faculdade de disposição, pois que se não distinguiria tal acordo de uma conformação *atipicizante* do direito de propriedade (não desculpando que se invocasse a natureza obrigacional do vínculo). A contradição (mesmo que disfarçada) com o princípio do *numerus clausus* seria manifesta, para além de se prejudicar desproporcionalmente a livre

GESTLEGAL

pode o credor dispor do bem ou é este acto de disposição inerentemente ilícito?

Na nossa opinião, o acto de alienação não é, em si mesmo, ilícito. Ou, de outra forma, só o será enquanto e na medida em que ficar prejudicado o cumprimento da obrigação de devolução. Assim, castigar-se-á o proprietário que, ao contrário do que prometeu, não devolve quando o alienante-devedor cumpre o crédito, em vez daquele que aliena o (seu) bem, antes mesmo de se verificar se o consegue recuperar a tempo útil de cumprir pontualmente (ponto por ponto e no prazo acordado) a obrigação que manifestamente assumiu. O que não quer dizer, claro está, que se não convoque o princípio da boa fé na execução do contrato (art. 762.º, n.º 2) para aferir se, *atendendo à situação concreta* (nomeadamente ao tipo de bem que está em causa ou ao concreto contrato que foi celebrado com o terceiro-adquirente), o credor não está a

---

circulação dos bens. É precisamente assim que se dá *ratio* ao §137 *BGB*, no qual se diz expressamente que não pode excluir-se ou limitar-se o poder de disposição de um direito alienável, embora, acrescenta-se, a validade de uma *obrigação* de não dispor de tal direito não seja afectada por este preceito (p. ex., ARMBRÜSTER (2015), Rn. 1-7 ou WENDTLAND (2017), Rn. 1-3) e ao art. 1379 do *Codice*, que adianta que será válido o *divieto di alienazione* com eficácia obrigacional apenas se "contido dentro de convenientes limites temporais" (funcionando aqui um critério casuístico de razoabilidade, prestando particular atenção ao objectivo concretamente pretendido) e se responder "a um apreciável interesse de uma das partes". Mais generosa, a doutrina francesa aceita que o interesse "pecuniário ou não", desde que "sério e legítimo", seja também de terceiro ou até público (TERRÉ/SIMLER (1998), p. 102), no que entre nós recebe a concordância de ALMEIDA COSTA. Uma cláusula de inalienabilidade, expressa ou implícita no acordo de alienação em garantia, passaria facilmente estes testes, pois que seria temporária e justificar-se-ia por resguardar o interesse sério e legítimo do devedor em ver retransferido, com o cumprimento da dívida, o bem que alienou (no mesmo sentido, WITZ (1981), p. 244-245 e CROCQ (1995), p. 131, muito embora para estes autores a inalienabilidade decorra do contrato). A vontade das partes não tem, então, o poder de transformar em inalienável um bem que tenha entrado na Lei como alienável, embora a certeza e a segurança do comércio jurídico não fiquem prejudicadas com a eficácia meramente obrigacional de um interesse temporário e meritório, em razão das finalidades que persegue, acordo de inalienabilidade (na síntese de WENDTLAND (2017), Rn. 3, "*unzulässig ist mithin dir Beschränkung des rechtlichen Könnens der Vornahme einer Verfügung (S. 1), während die Schuldrechtliche Einschränkung nur des rechtlichen Dürfens grundsätzlich zulässig ist (S. 2)*"). Tal convénio tornará *a própria alienação* num facto ilícito; todavia, pela sua eficácia meramente obrigacional, não é oponível a quem quer que lhe seja estranho, nomeadamente ao terceiro-adquirente.

actuar em contradição com um dever de lealdade, podendo, então, ser chamado à responsabilidade contratual mesmo antes do vencimento do crédito. Assim como de lado não deve colocar-se a intervenção do instituto do *abuso de direito* — aqui, abuso do direito de disposição —, enquanto o credor adopte, nas palavras de COUTINHO DE ABREU, "*um comportamento* [que,] *aparentando ser exercício de um direito, se traduz na não realização dos interesses pessoais de que esse direito é instrumento e na negação de interesses sensíveis de outrem*" [20].

8. Mesmo que se chegue à conclusão — acertada, se bem pensamos — de que *o credor é titular de um direito de propriedade, que desempenha uma função de garantia, toda ela concentrada no reduto obrigacional do contrato* [21], há ainda que responder a quem considera que da alienação em garantia resulta uma propriedade que, mesmo não sendo atípica no conteúdo, é-o, por causa da "acessorização" [22], na sua função. Assim se tornando indispensável uma intervenção legislativa que venha salvar este negócio jurídico da nulidade.

Antes de mais, o contrato de alienação em garantia não tem de reduzir-se à condição de contrato de garantia, pois que é perfeitamente cogitável que o credor também tenha interesse na utilização *da coisa*. Mas, mesmo que isso não aconteça e que, *à* semelhança de uma hipoteca ou de um penhor, o contrato seja celebrado *para assegurar o cumprimento* de um crédito que *lhe é exterior*, há provas bastantes de que o nosso legislador aceita esta funcionalização sem que se questione que é de propriedade o direito em causa. Aí temos a reserva de propriedade, a venda

[20] (1999), p. 43.

[21] A alienação em garantia não, pois, um direito real de garantia. Não se pretende com este contrato conceder ao credor o direito de se fazer pagar pelo valor da coisa (ou com aquilo que ela produza) com preferência sobre os restantes credores (comuns ou com garantia especial de posição hierárquica inferior), *mantendo o devedor* o direito de propriedade sobre ela. E as garantias reais são *iura in re aliena* (incidem sobre coisa que permanece no património do devedor ou do terceiro que por ele intercedeu), que concedem ao seu titular o direito de satisfazer o seu crédito pelo valor da coisa com preferência sobre os restantes credores (comuns ou com preferência de grau menor), o restante que sobre tendo de ser devolvido *ao proprietário*. E *nada disto corresponde ao que as partes acordaram na alienação em garantia*.

[22] Sobre a relação crédito/alienação em garantia, *v.* o nosso (2021), p. 645 e segs.

GESTLEGAL

a retro, o reporte *stricto sensu*, a locação financeira ou, até, a alienação fiduciária em garantia de valores mobiliários. [23]

9. Superada, desta forma, a prova da taxatividade, é necessário fazer aqui uma pausa para deixar claro que, se o credor alienar o direito de propriedade, tal alienação produzirá plenos efeitos — isto é, o adquirente receberá uma propriedade plena sem que, pessoalmente, esteja vinculado por qualquer compromisso de que o devedor-alienante seja credor (nomeadamente, não estará obrigado à restituição da coisa com o pagamento do crédito).

A doutrina portuguesa tem explorado várias estratégias para tornar a posição do devedor oponível a um terceiro adquirente. Atendendo ao estado em que se encontra, actualmente, o nosso ordenamento jurídico, poucas delas são, porém, convincentes, acabando por ter de recorrer-se ao abuso do direito de contratar (pelo terceiro), à cláusula geral dos bons costumes, se o credor for infiel e tiver actuado em conluio com o terceiro, ou no princípio geral da boa fé naqueles casos em que o terceiro-adquirente *conheça a situação* do bem.[24] *Todavia* é preciso que sejamos cautelosos. É certo que não podemos, em nome

[23] Todos estes casos de utilização da propriedade em garantia permitiram que, depois de um estudo detido e pormenorizado, Pestana de Vasconcelos ((2007a), p. 249) acabasse por identificar mesmo uma "categoria negocial" que compreende todos os casos, típicos *ou atípicos*, em que o credor recebe do contrato o poder de "satisfazer-se (em sentido amplo)" pelo valor do direito que manteve ou que recebeu. No direito italiano, Anelli (1996), p. 317-318, Cipriani (2000), p. 68 e ss. Também dizendo que a causa de garantia não afecta o princípio do *numerus clausus*, Bussani (1997) p. 123-124, Sassi (1999), p. 132-133, D'Amico (2012), p. 586-589.

[24] Entre nós, Pais de Vasconcelos aceita que o fiduciante possa invocar a invalidade da transferência por ofensa à cláusula geral dos bons costumes, se o fiduciário infiel tiver actuado *em conluio com o terceiro*, ou o princípio geral da boa fé quando o terceiro-adquirente *conhecia a situação fiduciária* do bem ((1995), p. 287-289). Já Pestana de Vasconcelos ((2007), p. 189 e segs.) prefere recorrer ao instituto do *abuso do poder jurídico de contratar* ou da prerrogativa jurídica de contratar (segue Coutinho de Abreu (1999), p. 67, 75, que escreveu que "a palavra *direito* tem de ser entendida em sentido amplo", incluindo a liberdade de contratar, mesmo para quem não a entenda, diferentemente do que é a posição do autor, como direito subjectivo) sempre que o terceiro *conheça* a natureza fiduciária da titularidade do credor *e* (a) prevê como possível e conforma-se com o resultado lesivo para o interesse do fiduciante (dolo eventual) *ou* (b) prevê esse prejuízo e, de forma chocante, não desenvolve o esforço necessário para se certificar desse facto e o evitar (negligência grosseira). Como a obrigação de indemnizar deve ser cumprida preferentemente por

dos interesses da segurança e da certeza jurídicas, tutelar comportamentos manifestamente desonestos e abusivos. Coisa que o nosso ordenamento jurídico repudia, como se comprova pela presença, no Código Civil, de preceitos que condenam o abuso de direito (art. 334.º) e os negócios contrários à ordem pública (art. 280.º). Porém, por outro lado, não deve cair-se numa vertigem de protecção do devedor que, não podemos esquecer, quis efectivamente transmitir o direito de propriedade e, por isto, deve ser quem, por princípio, suporta os riscos da contratação escolhida. Aquelas soluções que se propõem intervêm no sistema jurídico-real e acabam por tornar oponíveis a terceiros compromissos de natureza obrigacional. Não pode, pois, conseguir-se pela via do abuso de direito aquilo que a Lei também manifestamente proíbe, isto é, a oponibilidade atípica dos direitos de crédito.

3. ALIENAÇÃO EM GARANTIA E PROIBIÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO

10. Dediquemo-nos, agora, ao segundo obstáculo à alienação em garantia e que tantos continuam a afirmar ser intransponível. Nos termos do art. 694.º, é nula a convenção por meio da qual o credor *hipotecário* fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir, seja este acordo contemporâneo ou posterior à constituição da garantia. Preceito que é chamado, por remissão, para o regime jurídico do penhor, da consignação em rendimentos e do direito de retenção mobiliária ou imobiliária. Diz-se, então, que a alienação em garantia acaba por desembocar num resultado que o legislador manifestamente não quis, ou seja, que o credor se tornasse, por efeito do incumprimento, proprietário. Sendo, então, irrelevante o argumento de que na alienação em garantia a propriedade se transfere antes do inadimplemento. Ou seja, todas as razões que levam à proibição do pacto comissório — todas elas, de um modo ou de outro, ligadas à tutela do devedor [25] — justificam a aplicação desta

reconstituição natural, o terceiro deverá fazer o bem regressar ao património do alienante (credor).

[25] Sobre as várias construções que procuram identificar a *ratio* da proibição do pacto comissório, *v.*, por todos, o nosso (2021), p. 546 e ss.

GESTLEGAL

proibição ao nosso contrato. *Porém*, a esmagadora maioria da doutrina nacional que vem estudando a alienação em garantia — por forte e manifesta influência dos autores e da jurisprudência italianos — rapidamente considerou que este obstáculo se transpunha simplesmente substituindo o pacto comissório por um pacto marciano, *i.e.*, um pacto por meio do qual se assegure que, muito embora a propriedade se transfira — melhor, se consolide — no património do credor, será devolvida a diferença entre o valor devido e o valor da coisa. [26]

Mais uma vez nos afastamos da posição maioritária. Não, entenda-se, porque tenhamos qualquer reserva contra o pacto marciano; mas, antes, porque não o consideramos *conditio sine qua non* da validade da alienação em garantia.

11. Ao compararmos uma hipoteca *com* pacto comissório com uma hipoteca *sem* pacto comissório verificamos que o que se modifica de um para outro caso é o modo por que se dá a satisfação por equivalente do credor. Na verdade, confrontado com o incumprimento, e estando ausente a convenção proibida, o credor-hipotecário *só* conseguirá o pagamento *depois de percorrer as* etapas do processo que o legislador construiu: sinteticamente, alienação da coisa com intervenção judicial, entrega ao credor da parte desse produto correspondente ao crédito e devolução do sobrante ao devedor. O pacto comissório permitiria, pois, que o credor, em lugar de passar por estas fases, imediatamente se considerasse satisfeito com a aquisição da propriedade. Coisa que o legislador, sem dúvida, não quer. *Porém*, e isto é, da nossa perspectiva, muito importante, o legislador já aceita que o credor-hipotecário procure outros meios de satisfação alternativa, como, por exemplo, a dação em cumprimento, que importará a aquisição de um bem pertencente ao devedor *e* independentemente da relação de valores entre o que se deve e o que se dá. Isto leva-nos a crer que o legislador português não está disponível para aceitar que o credor-hipotecário possa, com o não cumprimento, passar automaticamente a proprietário pleno, a passagem da propriedade servindo como

[26] Neste sentido, v. Remédio Marques (2001), p. 598-599, Isabel Andrade de Matos (2006), p. 81, Pestana de Vasconcelos (2007), p. 633, Catarina Monteiro Pires (2009), p. 276.

alternativa ao processo judicial de execução por equivalente que está associado ao tipo-real hipoteca. Ou seja, com a proibição do pacto comissório, o legislador quer que o resultado "satisfação do credor hipotecário" seja atingido em respeito por um processo que não pode ser substituído por um acordo nos termos do qual se dará a passagem da propriedade do património do devedor para o credor. Sem prejuízo, porém, de que ele *desista*, a partir de um determinado momento, do seu estatuto de titular de uma garantia real — ou, o que é o mesmo, que abdique ou renuncie à hipoteca —, aceitando, como meio de satisfação (alternativa) a transmissão da propriedade. E isto mesmo que o bem de que passa a ser proprietário tenha um valor bem superior ao valor em dívida.

Veja-se, pois, que a garantia real funciona em dois momentos distintos: com a sua constituição, concede-se ao credor uma reserva sobre uma parte do valor da coisa; depois, se o crédito for cumprido, a hipoteca dissipa-se (regra da acessoriedade) sem que dela fique rasto a não ser na história do prédio que contam as tábuas registais; mas, não recebendo a prestação devida, o credor terá de ir em busca da satisfação por equivalente, o que conseguirá pela execução do bem, ou seja, ele vai activar a sua reserva de valor, assim se entrando no segundo e eventual momento da garantia. Agora, a reserva passa de potência a acto e a coisa vem responder pelo valor reservado e na medida dele, com a preferência conseguida em relação aos restantes credores. Tudo ocorrendo no âmbito de um processo judicial dirigido à venda e repartição do produto, processo este que não pode ser substituído nem por um pacto comissório, nem por um pacto marciano (com ou sem a intervenção de um terceiro imparcial encarregado de determinar o valor do bem), nem pela concessão de *ius vendendi* ao credor. Na Lei portuguesa, o incumprimento de um crédito *garantido por hipoteca* abre *uma única* porta ao credor: a da venda judicial. Mesmo que haja um acordo entre o credor e o devedor, com vontades regularmente formadas e manifestadas, e assegurando-se a correspondência entre o valor reservado e o valor pago preferencialmente, a autonomia contratual não tem força para romper as malhas da taxatividade real. O poder de conformação do conteúdo do direito real de garantia só pode ser exercido nos limitados termos permitidos pelo legislador e certamente entre eles não se encontra a liberdade para determinar o

GESTLEGAL

procedimento a seguir depois do incumprimento. No direito português, a hipoteca é, em suma, e tal como qualquer outra garantia real, um *tipo de execução vinculada*. Mas, por outra arte, nada impede que o credor aceite que o seu crédito se modifique, caso em que *abdicará da sua condição de credor-hipotecário*, actuando apenas no domínio da liberdade contratual, que é onde vive a dação em cumprimento. Acompanhamos, pois, GIGLIOTTI quando escreve que "a sujeição de um bem ao vínculo de garantia real encontra a sua justificação racional apenas enquanto se imprima àquele bem uma destinação à execução, que nem mesmo a vontade das partes tem o poder de modificar, *a não ser através de instrumentos abdicativos* (como uma sucessiva renúncia à garantia ou através de uma verdadeira e própria remissão do crédito) os quais acabam por denunciar o abandono *tout cour* dos interesses para cuja satisfação a garantia estava predestinada." [27]

Vendo bem, o sistema português é rico em institutos que permitem uma satisfação alternativa, a eles podendo recorrer devedor e credor para reagir a um embaraço no cumprimento. Temos, pois, a cessão de bens, a cessão de um bem, *a promessa de* cessão de bem, *a promessa de* dação em pagamento ou a cláusula penal em sentido estrito. Enfim, têm os agentes económicos ao seu dispor um catálogo de ferramentas jurídicas que funcionam como meios alternativos aos expedientes de realização coactiva da prestação, permitindo afirmar sem reservas que às partes se reconhece o poder de, em liberdade, decidirem trilhar caminhos que levem *à satisfação do credor sem passar pelo* ius imperium *estadual.*

12. A consolidação da propriedade no património do credor integra-se perfeitamente neste cenário, já que é um *meio alternativo ao cumprimento*, enquanto *o credor aceitou que ela seria tão satisfatória quanto o cumprimento da obrigação principal.* Na nossa opinião, a extinção do dever de retorno, facto que se opera com o incumprimento, actua em lugar do cumprimento da obrigação devida, exonerando o devedor de qualquer outra prestação e, correspondentemente, *impedindo o credor de exigir uma eventual diferença entre a coisa e o*

[27] (1997), p. 120, its. nossos.

valor do crédito. Ao mesmo tempo que, evidentemente, a possibilidade de isto tudo ocorrer, é fonte de pressão sobre o devedor (desde que, bem-entendido, este tenha interesse em recuperar a propriedade). Em suma, *não há, pois, lugar à aplicação, mesmo que analógica, do art. 694.º, uma vez que a alienação em garantia é um produto da liberdade contratual.*

De facto, não vemos por que razão deverá, à revelia da letra da lei, fazer-se uma constante referência à proibição do pacto comissório só porque o devedor se mostra disponível para beneficiar um seu credor com a transferência da propriedade em vista de outros benefícios que (na sua liberdade e auto-determinação) pretende receber (acesso ao crédito, acesso ao crédito em melhores condições, obtenção de uma moratória, *etc.*), desde que (é claro!) as partes actuem fora do território em que o legislador escolheu *a* taxatividade. Quer isto dizer que o devedor pode perder um bem cujo valor é superior — até bastante superior — ao valor em dívida. Mas, por nossa parte, o princípio deve ser o de que a qualquer devedor ou credor pertence a liberdade de celebrar um negócio que aos olhos dos demais possa parecer ruinoso ou que efectivamente o seja, sem que, em nome de uma protecção de que o devedor não necessita nem deseja, imediatamente intervenha a função sancionatória do Direito para fulminar o acordo com a mais severa das sanções civis. A desproporção de valores que eventualmente se observe quando se compare o valor do crédito com o da coisa, uma vez contextualizada, até pode encontrar objectiva justificação que desaconselhe a que seja cilindrada a vontade contratual, sem consideração pela situação concreta em que as partes efectivamente se encontram. Pense-se, por exemplo, no caso de quem precisa de 100, é proprietário de uma coisa dificilmente liquidável que vale 300 e não se importa de a perder em vista da obtenção de um financiamento que é essencial para aproveitar uma oportunidade de negócio que é única e que pode perder-se enquanto se anda em busca de um contrato que mais ninguém senão o interessado naquela coisa está disponível para fazer, só porque a Lei pretende proteger o devedor...

Há, pois, um princípio geral nos termos do qual um indivíduo tem sobre os seus bens um amplo e incondicionado poder de decisão, o que inclui o poder de neles imprimir os vínculos que considerar mais justos, mais oportunos e mais convenientes aos seus interesses, como ele

GESTLEGAL

próprio os conceba, os valorize ou os decida perseguir. O facto de o proprietário decidir cativar um bem para assegurar a satisfação do seu credor em caso de incumprimento ou de aceitar a sua irrecuperabilidade não se verificando o cumprimento do crédito é reserva da sua auto-determinação. A declaração do credor "se não cumprires dar-me-ei por satisfeito com a consolidação da propriedade" equivale a ouvir do devedor "se eu não cumprir dar-te-ás por satisfeito com a consolidação da propriedade". Neste negócio participam dois sujeitos que retiram vantagens e desvantagens do acordo final, não devendo ser observadas todas estas circunstâncias do ponto de vista do devedor e com o pré-juízo de que ele está colocado numa situação de menoridade ou de debilidade. Não resistimos, neste momento, a lembrar as sábias e provocadoras palavras de BUTERA, que aceitava sem pudor a validade do pacto comissório no mútuo simples, ainda que o Código Civil italiano não deixe dúvidas quanto à sua nulidade no mútuo garantido com hipoteca real: "*o nosso legislador, informado das intermináveis disputas que atormentaram e cindiram a doutrina e a jurisprudência em matéria de pacto comissório, decidiu* (...) *defini-las e suprimi-las, não abrir um outro labirinto de novos e infinitos litígios* (...). Os comandos categóricos do legislador, bons ou maus que sejam, não podem ser desprezados, como costuma acontecer com as divagações, frequentemente vaporosas, por vezes paradoxas, dos escritores. (...) As nulidades não passeiam como se fossem as *madonne* de Perugino." [28]

13. Na jurisprudência portuguesa encontram-se decisões que mostram plena disponibilidade para aceitar a alienação em garantia (mesmo que, com pouca correcção, ainda se recorra à expressão "*venda* fiduciária em garantia"). Por exemplo, num acórdão da Relação de Lisboa de 22 de Julho de 2016, encontra-se uma referência à "jurisprudência, [que] tem atendido e admitido esta figura, ao abrigo do princípio da *autonomia contratual*, entendendo que não se verificam, para o vendedor e para os outros credores, os perigos que estão subjacentes à figura do pacto comissório (...) e entendendo que existem *outros mecanismos de defesa* do vendedor, nomeadamente o recurso à

[28] (1943), c. 411-412, it. nosso.

anulabilidade do negócio ao abrigo do artigo 282.º do CC, caso sejam alegados e provados factos que integrem a usura", para além dos casos em que a "venda fiduciária" seja "por qualquer forma abusiva e contrária à lei, segundo os critérios dos artigos 280.º, 282.º, 294.º e 334.º do CC, tendo em atenção que a falta de parametrização *poderá proporcionar uma situação que estes artigos visam impedir.*" [29]

E esta decisão é o mote perfeito para sublinhar que há remédios jurídicos propositadamente fabricados para intervir quando se mostre necessário rearranjar o equilíbrio contratual. Na verdade, o legislador português admite que, confrontado o ordenamento jurídico com um contrato que, em concreto, revele uma desproporção das prestações, se dê uma intervenção ao negócio exógena com o fim de conformar o resultado jurídico com aquilo que não ofende um sentimento comum de justiça material. E, ainda que não queiramos entrar profundamente nesta matéria do Direito das Obrigações, não podemos deixar de adiantar dois ou três exemplos que ilustram o que acabámos de afirmar e que organizámos partindo da experiência acumulada pela jurisprudência germânica precisamente a propósito do controlo do equilíbrio contratual da *Sicherungsübereignung* [30].

Em primeiro lugar, recordemos o art. 280.º, nos termos do qual são nulos todos os negócios que *ofendam a ordem pública*. O que quer dizer, segundo ANTUNES VARELA, que são nulos todos os negócios em que "a prestação ofende interesses superiores da colectividade que, segundo o espírito do sistema, não podem ser sacrificados aos interesses particulares, embora a lesão por eles sofrida não esteja directamente prevista em nenhum preceito legal."[31]Podemos, então, pensar na aplicação desta norma a várias situações de debilidade do devedor. Será o caso (1) das chamadas cláusulas de "*amordaçamento do devedor*" (ou do terceiro) que oferece a garantia (*Knebelungsverträge*): nesta categoria entram aqueles contratos em que a liberdade do devedor fica tolhida de modo tal que ele não tem como dispor autonomamente do

[29] Ao qual pode aceder-se em www.dgsi.pt.

[30] Cfr., por exemplo, WOLF/WELLENHOFER (2013), p. 205, MELLER-HANNICH (2013), p. 653-654, WENDTLAND (2017), Rn. 73, KINDL (2017), Rn. 54, OECHSLER (2017), Rn. 33.

[31] (2000), p. 804.

GESTLEGAL

seu património [32]. Também atentarão contra a ordem pública (2) aqueles contratos em que se revele um *excesso* ou *desnecessidade de garantia* (*Übersicherung*), isto é, sempre que for manifesta e injustificável a desproporção (desde que não apenas momentânea) entre o valor do crédito garantido e o valor do bem, podendo bem acontecer que esta incongruência seja originária (*i.e.*, logo no momento da celebração do contrato é já claro que, em caso de incumprimento, existirá essa intolerável desproporção) [33]. Finalmente, (3) temos aqueles contratos cujo conteúdo e circunstâncias de celebração revelam que a alienação em garantia foi celebrada para iludir os credores [34] ou para adiar o processo de insolvência (fala-se, nestas hipóteses, em *Gläubigergefährdung* ou *Gläubigernachteilung*).

Em segundo lugar, temos o art. 812.º, nos termos do qual "[a] cláusula penal pode ser reduzida pelo tribunal, de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva, ainda que por causa superveniente; é nula qualquer estipulação em contrário" (n.º 1); "[é] admitida a redução nas mesmas circunstâncias, se a obrigação tiver sido parcialmente cumprida". É bem-sabido que esta norma tem um âmbito de aplicação muito mais alargado do que a cláusula de fixação antecipada do montante indemnizatório, que é a espécie de

[32] Exemplo típico é o do contrato que obriga o devedor a alienar em garantia todas as máquinas, mercadorias e outros objectos pertencentes a um seu estabelecimento comercial, bem como a fazer passar todas as importantes decisões relativas à administração de bens por um parecer do credor

[33] Não existe um valor pré-definido a partir do qual se diga existir essa desproporção, nunca se abdicando de estudar cada caso concreto nas suas especificidades, pois que há que avaliar o valor do bem e a estabilidade dele, os riscos ligados à execução daquele bem em particular, a situação patrimonial do devedor... enfim, todas as circunstâncias em que foi celebrado o acordo judicando, exigindo-se ainda, porém, uma reprovável intenção do credor. De qualquer modo, a jurisprudência alemã vem entendendo que, quando a coisa valha mais do que 150% do valor do crédito há um indício de desproporção manifesta que obriga a uma investigação. Dispensada, contudo, sempre que se dobre o valor de sobregarantia permitido (portanto, 300%) — nestes casos, diz-se, há uma manifesta e insuprível incompatibilidade com a cláusula geral da ordem pública.

[34] São os casos em que o devedor e o credor, em conluio, decidem celebrar um acordo de alienação em garantia para enganar futuros credores do primeiro quanto à capacidade de obtenção de crédito ou para retirar bens do património do devedor de modo a que os seus antigos credores não tenham como ver os seus créditos satisfeitos

cláusula penal a que o legislador se refere nos arts. 810.º e 811.º E isto é importante quando a coisa tenha um valor desproporcionadamente superior ao do crédito, *no momento em que a* satisfação *ocorre*. Instado pelo devedor a intervir, deve o juiz tomar como ponto de partida que as partes previram que a consolidação da propriedade funcionaria como meio alternativo de cumprimento da obrigação assumida e poderá reduzir a prestação secundária que ocupou o lugar da outra *se* houver uma "evidente e flagrante desproporção", um excesso que "salte aos olhos", insultando o juízo que a equidade formularia, tomando em consideração a gravidade da infracção, o grau de culpa do devedor, as desvantagens que, para este, resultam do incumprimento, o interesse do credor na prestação, a situação económica de ambas as partes, a sua boa ou má fé, a índole do contrato, as condições em que foi negociado, a contrapartida de que gozou o devedor por ter beneficiado da inclusão da cláusula de cumprimento alternativo, *etc.* [35]

Para o final, chame-se ainda o disposto no n.º 2 do art. 762.º, nos termos do qual "[n]o cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé" e com fundamento no qual se pode reagir contra uma desproporção *superveniente*, que, por regra, ocorrerá quando uma parte mais ou menos significativa do crédito garantido tenha sido já cumprida. Aqui não poderá aplicar-se o art. 280.º porque a sobregarantia se manifesta apenas posteriormente sem que se possa afirmar que o credor, já no momento da conclusão do contrato, a planeasse. Assim, para prover ao excesso, pode afirmar-se que é inerente ao contrato uma "cláusula de liberação" (*Freigabeklausel*). O que quer dizer que ao devedor é atribuído o direito de exigir a libertação proporcional do bem dado em garantia a partir do momento em que se atinja um determinado sobrevalor [36].

Enfim, e em conclusão, não faltam ao aplicador do direito português ferramentas aptas a controlar (antes ou depois de verificado o incumprimento) o equilíbrio e a justiça contratual, sem que se torne

[35] Sobre a redução da cláusula penal e a sua aplicação a institutos diversos, v. PINTO MONTEIRO (1990), p. 577 e ss.

[36] A jurisprudência alemã usando como referência aquele valor de 150% (*v.* nt. 30).

GESTLEGAL

necessário — numa postura apriorística, abstracta e desligada da concreta conformação da vontade das partes — carimbar a alienação em garantia como um contrato inerentemente prejudicial ao devedor e, consequentemente, ofensivo da proibição do pacto comissório.

4. CONCLUSÃO

14. A alienação em garantia é um contrato translativo atípico apto, aos olhos da Lei portuguesa, a promover a transmissão do direito de propriedade, não só porque entre nós vigora o princípio da atipicidade dos negócios reais *quaod effectum*, mas também porque ela não promove nem uma mutação da estrutura do direito de propriedade (mantém-se íntegro como *ius utendi, fruendi et abutendi*), nem a sua funcionalização é pertinente em termos de taxatividade real, já que entre nós vingou uma concepção absoluta e abstracta do direito de propriedade. Produzindo-se o efeito translativo pela actuação do princípio da consensualidade, e na falta de convenção que discipline mais ou menos pormenorizadamente os deveres e direitos das partes sobre a coisa (exercício da liberdade contratual), o credor poderá exercê-los em medida que isso não afecte a obrigação de restituição (com os seus deveres laterais e acessórios) que assumiu perante o devedor. Sendo certo que o incumprimento do crédito garantido determina a consolidação da propriedade no património do credor — pela extinção daquela obrigação — como meio de cumprimento alternativo previamente escolhido pelas partes e por ambas considerado equivalente à obrigação garantida. Não se encontrando, assim, viciado por efeito da violação, mais ou menos directa, à proibição do pacto comissório.

BIBLIOGRAFIA

Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Do Abuso de Direito (Ensaio de um Critério em Direito Civil e nas Deliberações Sociais)*, Almedina, Coimbra, 1999 (reimp.)

Andrade, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II — *Facto Jurídico, em Especial Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 1964

Andrade, Margarida Costa, *Da Admissibilidade da Alienação em Garantia no Direito Português*, Gestlegal, Coimbra, 2021

Anelli, Franco, *L'Alienazione in Funzione di Garanzia*, Giuffrè, Milão, 1996

Armbrüster, Christian, "§137 *BGB*", *Münchener Kommentar zum BGB*, Beck, Munique, 2015 (consultado no site beck-online.beck.de)

Bunsen, Brandis e Lorbell, *The Life and Letters of Bathold George Niebuhr with Essays on his Character and influence*, Nova Iorque, Harper & Brother Publishers, 1854

Bussani, Mauro, "Il modello italiano delle garanzie reali", *Contratto e Impresa*, 1997, n.º 1, p. 163-192

BUTERA, ANTONIO, "Patto comissorio e mutuo semplice", *Il Foro Italiano*, 1943, I, cols. 409-412
CIPRIANI, NICOLA, *Patto Commissorio e Patto Marciano — Proporzionalità e Legittimità delle Garanzie*, Edizione Scientifiche Italiane, Nápoles, 2000
CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1984
CROCQ, PIERRE, *Propriété et Garantie*, LGDJ, Paris, 1995
D'AMICO, GIOVANNI, "Alienazioni a scopo di garanzia", *I Contratti per l'Impresa — I. Produzione, Circolazione, Gesione, Garanzia*, AAVV, coord. Gregorio Gitti, Marisaria Maugeri, Mario Notari, Il Mulino, Bolonha, 2012, *p.* 585-601
GIGLIOTTI, FULVIO, *Patto Commissorio Autonomo e Libertà dei Contraenti*, ESI, Milão, 1997
KELLEY, DONALD R., "Gaius noster: substructures of western social thought", *The American Historical Review*, Vol. 84, n.º 3 (Jun., 1979), p. 619-648
KINDL, JOHANN, "§929 *BGB*", *Beck'scher Online-Kommentar*, 2017, 42.ª ed (consultado no site beck-online, citado (2017)
MARQUES, JOÃO PAULO REMÉDIO, "Locação financeira restitutiva (*sale-and-lease-back*) e a proibição dos pactos comissórios — negócios fiduciários, mútuo e acção executiva", *BFDUC*, Coimbra, 2001, p. 576-632
MATOS, ISABEL ANDRADE DE, *O Pacto Comissório — Contributo para o Estudo do Âmbito da sua Proibição*, Almedina, Coimbra, 2006
MELLER-HANNICH, CAROLINE, "§930 *BGB*", *BGB — Sachenrecht* (coord. Herbert Grziwotz, Alfred Keukenschrijver, Gerhard Ring), Nomos, Baden-Baden, 2013, 3.ª ed, p. 630-661
MESQUITA, HENRIQUE, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Almedina, Coimbra, 1990
MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, Coimbra, 1990
OECHSLER, JÜRGEN, "Anhang zu §§929-936 *BGB*, Sicherungseigentum — Sicherungsübereignung", *Münchener Kommentar zum BGB*, 2017, vol. 7, 7.ª ed.
PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Cessão da Posição Contratual*, Atlântida Editora, Coimbra, 1970
PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO E PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, 4.ª ed. aument. e act. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto
PIRES, CATARINA MONTEIRO, *Alienação em Garantia*, Almedina, Coimbra, 2010
SASSI, ANDREA, *Garanzia del Credito e Tipologie Commissorie*, Edizione Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999
REGELSBERGER, FERDINAND, "Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession", *AcP*, 1880, p. 157-207
SCHULTE-NÖLKE, HANS, "§930 *BGB*", *Schulze-Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*, vol. 3, 2017, 9.ª ed. (consultado em *beck-online.beck.de*)
TERRÉ, FRANÇOIS E PHILIPPE SIMLER, *Droit Civil — Les Biens*, Dalloz, Paris, 1998, 5.ª ed.
VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2000, 10.ª ed. rev. e act.
VASCONCELOS, LUÍS MIGUEL PESTANA DE, *A Cessão de Créditos em Garantia e a Insolvência — Em Particular da Posição do Cessionário na Insolvência do Cedente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007
——, "A venda a retro como instrumento de concessão de crédito garantido: do direito civil ao direito bancário", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, vol. 4, 2007, p. 223-264 (citado 2007a)
VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995
WENDTLAND, HOLGER, "§197 *BGB*", *Beck'scher Online-Kommentar*, 2017 (consultado no *site* Beck-online)
WITZ, CLAUDE, *La Fiducie en Droit Privé Français*, Economica, Paris, 1981
WOLF, MANFRED E MARINA WELLENHOFER, *Sachenrecht*, Verlag C. H. Beck, Munique, 2013

GESTLEGAL

LA FORMACIÓN COMO PRESUPUESTO DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

MARÍA ELENA GARCÍA FLORES

SUMARIO: 1. INTRODUCCION. 2. EL REGISTRO PÚBLICO DE LA PROPIEDAD ASIGNA DERECHOS ELIMINANDO LA INCERTIDUMBRE. 3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. CALIFICACIÓN REGISTRAL. 4. LA INDEPENDENCIA EN LA CALIFICACIÓN. 5. FORMACIÓN REGISTRAL. CONOCIMIENTO JURÍDICO. 6. CONOCIMIENTO TECNOLÓGICO Y DIRECTIVO. 7. FORMACIÓN CONTINUADA. GLOBALIZACIÓN. HOMOLOGACIÓN. CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCION

México ha estado inmerso en una dinámica modernizadora en los últimos 17 años y la mayoría de las entidades federativas del país ha implementado en este tiempo, algún proyecto de modernización en la institución registral, toda vez, que la problemática de los Registros de la Propiedad ha sido considerada como un tema prioritario en la agenda nacional, de manera que se ha destinado una cantidad importante de recursos en aras de proporcionar a la ciudadanía certeza y seguridad jurídica.

Debemos reconocer que el esfuerzo ha sido enorme y en la mayoría de los casos los resultados han sido exitosos, cabe señalar que los trabajos se han desarrollado de manera ordenada y con transparencia, para ello se desarrolló un modelo integral que marca la pauta a seguir en la ejecución de los proyectos de modernización y que involucra los distintos componentes esenciales a considerar.

Es importante destacar que este modelo ha sido de gran ayuda para los Registros de los diferentes estados del país, ya que se ha convertido en una guía de los distintos pasos que deben seguirse para la ejecución de un proyecto exitoso.

El modelo no solamente abarca la reingeniería de procesos y la tecnología necesaria para ponerla en marcha, sino que se preocupa por

GESTLEGAL

el marco jurídico que dará sustento a esta última, así como porque las personas que harán uso de dicha tecnología y aplicarán el marco jurídico, tengan el perfil necesario y sean debidamente capacitadas, garantizando con ello su permanencia y crecimiento dentro de la institución y con posibilidad de construir una carrera, por otra parte, este modelo toma en cuenta la importancia que reviste el acervo como corazón de la institución y busca su preservación, generando certeza y seguridad jurídica en las transacciones inmobiliarias, así mismo, se consideran las políticas institucionales que garantizarán la sustentabilidad de la institución y su crecimiento.

Así mismo, el modelo contempla la implementación de sistemas de gestión de calidad en busca de brindar un mejor servicio a la ciudadanía, la generación de indicadores que permitan medir el desempeño de la institución, indicadores de corte económico que permitan la toma de decisiones al estado, así como la creación de políticas públicas, por último, también se considera la posibilidad de la vinculación con otros sectores que requieren o comparten información con el Registro de la Propiedad.

Cada estado que se suma al Programa de Modernización del Gobierno Federal, se obliga a observar el modelo, tanto en el planteamiento inicial como en la ejecución del proyecto estratégico, generando con ello uniformidad en las acciones que se implementen a lo largo de todo el país, para que no obstante que se tienen 32 realidades distintas (cada una con su propio marco jurídico), al menos la tendencia y la meta de todas sea la misma.

La implementación de los distintos proyectos de modernización en el país, ha traído como consecuencia que se produzcan cambios sustanciales en las técnicas registrales que se utilizan en los registros de la propiedad acordes con las tendencias internacionales, lo anterior, es una muestra de que las técnicas se encuentran en constante evolución transitando por folios personales, folios causales o transaccionales y folios reales, para llegar finalmente a los folios electrónicos buscando siempre con ello la certeza jurídica.

En realidad, hemos transitado desde la llevanza del registro a través de índices, pasando por la transcripción íntegra o extractada del instrumento presentado al registro en libros, también por la incorporación de títulos en distintos libros y secciones, las cuales están

determinadas por el tipo de transacción que se inscribe, así mismo, hemos pasado por la organización en carpetas que toman como unidad básica al inmueble, cuya descripción se realiza en la carátula de las mismas y en las cuales se va incorporando cada una de las transacciones que afectan al inmueble, finalmente, se ha llegado a la organización del registro a través del uso de la tecnología y la incorporación de la firma electrónica, el folio electrónico que toma como unidad básica de registro al inmueble vaciando su descripción en distintos campos organizados de manera lógica, los cuales permiten el conocimiento de la información a través de distintos motores de búsqueda, abriendo con ello la puerta a la explotación de la valiosísima información con que cuenta el Registro de la Propiedad como nunca antes se había hecho.

El presente trabajo pretende analizar cómo la formación profesional prevista en el componente de profesionalización de la función registral del Modelo Integral del Registro Público de la Propiedad, ha tomado gran importancia como presupuesto de la calificación registral, ante los grandes cambios en las distintas técnicas registrales, así como ante la evolución que han sufrido los registros con el transcurso del tiempo, atendiendo al crecimiento de la población, al crecimiento de la economía, al incremento en los volúmenes de transacciones, a los cambios en los procesos registrales, a las modificaciones del marco jurídico, a la llegada y transformación de la tecnología, así como a la implementación de acciones en proyectos de modernización de la institución.

2. EL REGISTRO PÚBLICO DE LA PROPIEDAD ASIGNA DERECHOS ELIMINANDO LA INCERTIDUMBRE

Se ha dicho con razón que la finalidad última del Registro Público de la Propiedad (RPP) es la asignación de derechos, en virtud de la cual se determina quién es el titular de un bien, en qué condiciones puede ser ejercitado un determinado derecho, qué derecho debe prevalecer cuando varios incompatibles recaen sobre un mismo bien o en qué orden pueden ser ejercitados cuando los derechos son compatibles entre sí.

GESTLEGAL

Esta concepción del RPP no responde a un capricho o a una teoría científica más o menos elaborada. El RPP es así porque sólo así puede funcionar eficazmente el mercado inmobiliario. El correcto funcionamiento del mercado inmobiliario es incompatible con la incertidumbre, pero no sólo con la incertidumbre de los contenidos (quien es el titular de un derecho), sino también con la incertidumbre de los procedimientos (cuando se producirá una inscripción). Sabemos que inevitablemente el aumento de la incertidumbre desemboca en el abandono del mercado por los operadores económicos o en la cobertura del riesgo con sobretasas que dañan la economía y minan su competitividad en relación con otros mercados que son gestionados de una mejor manera.

3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. CALIFICACIÓN REGISTRAL

Esta eliminación de la incertidumbre en un Estado de Derecho, se hace efectiva mediante la aplicación inexorable de la ley, dando lugar al llamado Principio de Legalidad, principio esencial y definidor de la función registral. Este principio presenta una doble vertiente, por un lado impone al Registrador el sometimiento a la legalidad vigente y por otro le otorga el poder de aplicar la ley a las operaciones sujetas a su calificación.

En un sistema registral en el que los asientos se presumen exactos e íntegros es imprescindible la existencia de una previa depuración de los actos y derechos que pretenden acceder al registro. Esta depuración consiste en confrontar la génesis y el contenido del derecho que pretende ingresar a registro con los requerimientos exigidos por el ordenamiento jurídico vigente, de manera que sólo accedan al RPP derechos válidos y perfectos.

Si el control de legalidad disminuye, se incrementará correlativamente la incertidumbre con las inevitables consecuencias que hemos apuntado anteriormente.

Por el contrario, si incrementamos el control de legalidad y potenciamos la calificación registral, estaremos procurando una mayor certidumbre en las transacciones inmobiliarias y una base sólida sobre la cual poder cimentar un desarrollo seguro y sostenible del mercado hipotecario.

Desde esta perspectiva, además, es fácil explicar la salvaguardia o protección judicial de lo inscrito. Como podemos ver, si dotamos a los pronunciamientos registrales de la mayor de las certidumbres, las demás instituciones públicas y privadas acudirán al Registro buscando el desarrollo sólido de sus respectivas funciones.

Por otro lado, el sistema tal y como está concebido y desarrollado no deja muchas alternativas: si el registro es exacto e íntegro cuando se trata de proteger a los que contratan confiando en su contenido, si los pronunciamientos registrales están amparados por la salvaguardia de los Tribunales, lo óptimo es extremar el rigor en la calificación y extender su ámbito de actuación.

4. LA INDEPENDENCIA EN LA CALIFICACIÓN

De lo anteriormente descrito podemos concluir que la calificación registral es uno de los hitos esenciales del sistema. Pero para que esta se lleve a cabo en toda su plenitud, es decir, para que la calificación registral se pueda desenvolver con plena eficacia, es necesario que se desarrolle en un entorno favorable. De nada vale conceptualizar un sistema registral perfecto en el mundo de las ideas si después en su plasmación concreta nos olvidamos de suministrarle aquellas condiciones necesarias que posibilitan su ejercicio adecuado y de tomar las precauciones necesarias para garantizar su independencia.

Y es precisamente la independencia una de las condiciones esenciales para el correcto ejercicio de la función calificadora. Evitando dependencias, suprimimos servidumbres e incrementamos la posibilidad de acierto en los pronunciamientos registrales.

La independencia debe ser garantizada en los siguientes órdenes:

Independencia económica. El Registro de la Propiedad no pude funcionar adecuadamente si su financiamiento está permanentemente amenazado, si los medios o las retribuciones son insuficientes o si su dotación material y humana depende de los vaivenes políticos.

Independencia en el cargo. La estabilidad profesional de los registradores se configura igualmente como un requisito imprescindible para que la importante función de control de la legalidad se pueda llevar a cabo. El referente próximo de la inamovilidad en el cargo de

GESTLEGAL

los registradores es la independencia judicial lo que nos evita extendernos sobre este particular.

Independencia de criterio. En relación con lo anteriormente expuesto, esto es, si el núcleo central del sistema registral descansa en la calificación y esta a su vez, consiste en un juicio lógico de integración del supuesto de hecho presentado a inscripción en el ordenamiento jurídico, resulta obvio que la decisión de inscribir o no y en qué condiciones, debe ser adoptada con total independencia de criterio por el registrador. Asegurando esta independencia evitaremos interferencias ajenas que puedan enturbiar la seguridad jurídica.

5. FORMACIÓN REGISTRAL. CONOCIMIENTO JURÍDICO

Pero el criterio propio, la decisión adecuada, el juicio justo en la calificación no se produce por generación espontánea, es el corolario de todo un conjunto de conocimientos imprescindibles para el ejercicio de la función registral.

Y nos referimos no sólo a conocimientos jurídicos, sino también a otros saberes en los que se ha de apoyar el registrador para acertar en el ejercicio de su función, comprendiendo tanto aspectos tecnológicos como habilidades directivas, porque ambas facetas forman parte de su actividad diaria y su conocimiento es imprescindible para el buen funcionamiento de la institución registral.

De lo anteriormente expuesto, es fácil concluir que dentro del bagaje de conocimientos que necesariamente ha de poseer el registrador, la formación jurídica es sin duda la más importante. Esta capacitación jurídica tiene que abarcar no únicamente el estricto derecho registral, sino la totalidad del ordenamiento jurídico. Es indudable que hay ramas del derecho que van a afectar al trabajo del registrador de un modo más inmediato y cotidiano (civil y mercantil), pero como la actividad registral se extiende por los más diversos ámbitos del quehacer humano, termina siendo imprescindible extender la formación a las distintas ramas del derecho, tanto público como privado.

Por otro lado, si la actividad del Registrador consiste en calificar actos o derechos que se han constituido como consecuencia de la actuación de otros protagonistas del mundo jurídico (jueces, notarios, abogados,

funcionarios...) su formación jurídica nunca puede ser inferior a la de estos, con quienes ha de confrontar sus decisiones y defender la aplicación de los principios registrales hasta sus últimas consecuencias.

Un registrador sin conocimientos jurídicos suficientes, sin una capacitación jurídica permanentemente actualizada, difícilmente podrá servir con eficacia a la institución registral y desempeñar con acierto la importante misión que se le tiene encomendada. Pensemos en el alto costo social y económico de los errores registrales, y no hablamos de simples errores materiales, sino de errores conceptuales causados por un déficit formativo.

En un sistema registral desarrollado la función del Registrador no se limita a decidir qué derechos pueden ingresar en el Registro, sino que para procurar un mejor servicio a la sociedad se realizan frecuentes labores de asesoramiento imparcial a las partes antes de perfeccionar sus transacciones. Pero además, el Registrador tiene que prever las consecuencias que de lo inscrito van a derivarse para terceras personas todavía no definidas y cuyos intereses han de ser especialmente protegidos por la Institución Registral para que no caigan en la indefensión. La proyección hacia el futuro de las consecuencias de lo inscrito difícilmente puede llevarse a cabo sin una sólida formación y sin una capacitación continua.

Pensemos también que, aunque las decisiones que el Registrador adopta en ejercicio de las competencias que le son propias están sujetas a revisión mediante recursos, el hecho de que las calificaciones registrales sean revocadas en una proporción significativa, no es compatible con la certidumbre y la seguridad que persigue la propia institución registral. La única manera de evitar preventivamente la pérdida de recursos en un número superior al razonable es incrementando los conocimientos jurídicos de los registradores.

En definitiva, la alta cualificación del registrador, su formación de alto nivel y la calidad de su capacitación son la mejor garantía del funcionamiento del sistema.

6. CONOCIMIENTO TECNOLÓGICO Y DIRECTIVO

Pero la ejecución del ordenamiento jurídico a través de las calificaciones registrales no se produce en el vacío, se produce por y para la

sociedad a la que sirve. La sociedad actual demanda una utilización intensiva de nuevas tecnologías también aplicadas a la gestión registral. Sólo mediante la utilización de nuevas tecnologías es posible hacer efectivo el acceso rápido y confiable a la información registral, obtener la seguridad de todos los procesos internos mediante la utilización de dispositivos y procedimientos seguros, la asignación indubitada de responsabilidades y la disminución de las corruptelas.

Si este es el universo por donde transita habitualmente la actividad registral, es obvio que el registrador debe tener los conocimientos suficientes que le permitan al menos comprender lo que hace y como lo hace y, en una segunda fase, qué posibilidades le ofrecen los avances tecnológicos para contribuir al perfeccionamiento continuo de la institución registral.

Por otro lado, la actividad de los registros se lleva a cabo en el marco de una organización donde es necesario pautar el flujo de trabajo, implementar proyectos, gestionar cambios, por lo que la formación en habilidades directivas deviene también imprescindible. Hay que ser realistas, en la formación de los juristas, salvo honrosas excepciones, esta capacitación directiva no ha sido especialmente cuidada y en un entorno de trabajo en equipo es absolutamente necesaria para asegurar la productividad a niveles razonables y mantener la motivación de las personas que los componen.

7. FORMACIÓN CONTINUADA. GLOBALIZACIÓN. HOMOLOGACIÓN. CONCLUSIÓN

Todo el conjunto de conocimientos, jurídicos, directivos y tecnológicos, han de ser adquiridos y mantenidos a lo largo del tiempo. Si apostamos por un Registro de la Propiedad fuerte y eficaz no hay otra opción que procurar una formación sólida al personal que lo sirve. Es imprescindible plantear un programa de formación del registrador donde estén perfectamente definidos los conocimientos que tiene que poseer para acceder al cargo y los hitos formativos que ha de superar para mantenerse plenamente capaz de desempeñarlo. Los tiempos cambian, la legislación cambia, cambian los problemas, se inventan nuevas soluciones tecnológicas, se diseñan nuevos procesos productivos, etc. Nada de todo esto puede ser ajeno a la formación del registrador. Hoy menos que nunca. La tan mencionada

globalización, que supone en nuestro ámbito la interconexión de los distintos sistemas registrales, va a suponer inevitablemente un acercamiento de los registros de diferentes países y una unificación de sus trámites y efectos. El camino es largo y lleno de dificultades pero también es inevitable. El importante avance que han supuesto los procesos de modernización de los Registros de la Propiedad de los distintos Estados de México ha producido indudables efectos positivos: más seguridad jurídica, más confianza de los ciudadanos, más inversiones extranjeras, más crédito disponible, pero este mismo avance y sus benéficas consecuencias generan su propia dinámica imponiendo mayores exigencias especialmente en materia de capacitación y conocimiento. La formación tiene necesariamente que potenciarse en la misma proporción en que se fortalecen y refuerzan los efectos que la inscripción produce. En este binomio (efectos y formación) no pueden existir desequilibrios que pongan en riesgo el sistema.

Hablábamos antes de interconexión de sistemas registrales, lo que implica necesariamente en un escenario final, la estandarización de procedimientos y de efectos en materia registral, pues bien, esa estandarización, esa uniformidad, debe producirse igualmente en el ámbito formativo, respetando las singularidades de cada país, pero avanzando hacia un nivel de capacitación elevado y en constante actualización. Con este horizonte a la vista debemos empezar a trabajar en la definición de programas de capacitación comunes que permitan afianzar el sistema y dotarlo del prestigio y la eficacia suficiente para que los pronunciamientos registrales sean reconocidos en plano de igualdad con sus equivalentes de otras naciones. La homologación de estos programas formativos por entidades de prestigio independientes será imprescindible para garantizar su calidad y excelencia.

Definitivamente conocemos el punto al que queremos llegar, pues bien, una vez culminados exitosamente los procesos de modernización registral, sabemos de dónde partimos y cuál es la situación actual. También vislumbramos la siguiente meta que tenemos planteada. Ahora sólo nos queda poner los medios humanos y materiales para poder alcanzar los objetivos fijados. Apostando decididamente por un salto cualitativo en la formación y el conocimiento no nos podemos equivocar.

GESTLEGAL

BREVES NOTAS SOBRE A ADMISSIBILIDADE DE ABANDONO E DA RENÚNCIA ABDICATIVA (*)

DO DIREITO DE PROPRIEDADE SOBRE IMÓVEIS, EM PORTUGAL

MÓNICA JARDIM

SUMÁRIO: 1. NOTA PRÉVIA. 2. A DISTINÇÃO ENTRE ABANDONO E RENÚNCIA AO DIREITO DE PROPRIEDADE. 3. DA (IM)POSSIBILIDADE DE, ENTRE NÓS, SE EXTINGUIR O DIREITO DE PROPRIEDADE SOBRE COISAS IMÓVEIS POR ABANDONO. 4. DA POSSIBILIDADE DE SE EXTINGUIR O DIREITO DE PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA POR RENÚNCIA ABDICATIVA. 4.1. DA POSSIBILIDADE DE SE EXTINGUIR O DIREITO DE PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA POR RENÚNCIA ABDICATIVA, NO DIREITO COMPARADO: 4.2. POSIÇÕES ADOPTADAS NA DOUTRINA NACIONAL SOBRE A ADMISSIBILIDADE/INADMISSIBILIDADE DA RENÚNCIA ABDICATIVA DO DIREITO DE PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA: 4.3. POSIÇÃO ADOPTADA: 4.4. OBSERVAÇÕES FINAIS.

1. NOTA PRÉVIA

O ordenamento jurídico português, aparentemente, não se pronuncia sobre a admissibilidade do abandono como forma de extinção do direito de propriedade imobiliária, nem assume posição expressa sobre a possibilidade de o titular do direito de propriedade sobre um imóvel recorrer à renúncia abdicativa para pôr fim à sua *plena in re potestas* (1).

(*) Participamos, através deste estudo, na homenagem que o Centro de Estudos Notariais e Registais, da Faculdade de Direito de Coimbra, presta ao Senhor Doutor Sérgio Jacomino, porque não podíamos deixar de testemunhar a admiração, a gratidão, afeição e estima que sentimos pelo ilustre registrador, académico, Grande Homem e, sobretudo, Incondicional Amigo.

(1) Assim se afastando da opção feita pelo legislador alemão e suíço que admitem, inequivocamente, a renúncia abdicativa do direito de propriedade imobiliária e não assumem posição expressa, por desnecessária, sobre a impossibilidade de abandono de bens imóveis nos seus ordenamentos.

O legislador brasileiro, por seu turno, no art. 1.275 do Código Civil determina que se perde a propriedade, além de outras causas, pela renúncia e pelo abandono de bens imóveis, estatuindo que os efeitos da perda da propriedade imóvel, em virtude da renúncia, serão subordinados ao registo do título transmissivo ou do acto renunciativo no Registo de Imóveis. Quanto ao abandono, o art. 1.276 do Código

GESTLEGAL

Acresce que, o Código Civil português, no art. 1345.º, estatui que "*as coisas imóveis sem dono conhecido consideram-se do património do Estado*", sem no entanto concretizar o que é uma coisa imóvel sem dono conhecido ou que circunstâncias podem conduzir a que uma coisa seja havida como sem dono conhecido. De facto, apenas recentemente o legislador nacional, através do Decreto-Lei n.º 15/2019, de 21 de Janeiro, veio concretizar o disposto em tal preceito, estabelecendo o procedimento de identificação e reconhecimento da situação de prédio rústico ou misto *sem dono conhecido* e respectivo regime de administração [2].

Civil brasileiro, determina, que "*o imóvel urbano que o proprietário abandonar, com a intenção de não o conservar em seu patrimônio, e que se não encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respetivas circunscrições*" e "*o imóvel situado na zona rural, abandonado nas mesmas circunstâncias, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade da União, onde quer que ele se localize.*" (cfr. §1.º do art. 1.276). Ademais, o §2.º do 1.276 estabelece a presunção *iuris et de iure* de que o proprietário que cesse os actos de posse e deixe de satisfazer os encargos fiscais, tem intenção de não conservar o imóvel no seu património.

[2] No primeiro parágrafo do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 15/2019, de 21 de Janeiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 149/2019, de 9 de Outubro, pode ler-se: "*As terras sem dono conhecido consideram-se do património do Estado, conforme previsto no artigo 1345.º do Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro, na sua redação atual. Contudo, não pode deixar de se admitir a possibilidade de a terra ter um dono que, apesar de não ser conhecido, possa demonstrar a respetiva titularidade*". Por tal razão, o legislador português, através do Decreto-Lei n.º 15/2019, de 21 de Janeiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 149/2019, de 9 de Outubro — com o objectivo de promover o aproveitamento da capacidade produtiva dos prédios dotados de aptidão agrícola, florestal ou silvo-pastoril —, procedeu à concretização do disposto no suprarreferido artigo do Código Civil, estabelecendo o procedimento de identificação e reconhecimento da situação dos prédios rústicos ou mistos sem dono conhecido, bem como o respetivo registo, determinando ainda o regime de administração pelo Estado dos referidos prédios, logo que seja lavrado o registo provisório a seu favor (cfr. art. 1.º do Decreto-Lei n.º 15/2019).

Nos termos do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 15/2019, de 21 de Janeiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 149/2019, de 9 de Outubro, "presume-se prédio sem dono conhecido *o prédio rústico ou misto que, por omissão de descrição no registo predial ou de inscrição na matriz, não integre o património público ou privado do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais, ou o património de pessoas singulares, ou de pessoas coletivas de direito privado, público ou de natureza associativa, cooperativa ou comunitária, não havendo posse nos termos de um direito real ou pessoal de gozo, e que seja registado como prédio sem dono conhecido nos termos previstos no presente decreto-lei*", bem como o prédio rústico ou misto cujo titular,

findo o prazo de gratuitidade emolumentar e tributária previsto no sistema de informação cadastral simplificada, não esteja identificado.

O procedimento de identificação, reconhecimento e registo de prédio sem dono conhecido compreende três fases:

— Identificação, publicitação e reconhecimento de prédio sem dono conhecido;
— Registo provisório e inscrição na matriz rústica de prédio identificado como prédio sem dono conhecido;
— Registo definitivo de prédio sem dono conhecido a favor do Estado, nos termos e para os efeitos previstos no Código Civil.

A identificação de prédio sem dono conhecido compete, oficiosamente, ao Instituto dos Registos e do Notariado (IRN), que actua com base no critério legal, consubstanciado em presunção, fixado no art. 3.º transcrito, utilizando a informação cadastral disponível no Balcão Único do Prédio (bupi), bem como a informação partilhada nos n.os 3 a 5 do art. 5.º do Decreto-Lei n.º 15/2019, de 21 de Janeiro.

Ocorrida a identificação, a mesma é publicitada durante 180 dias, pelo Instituto dos Registos e do Notariado, I.P., período (também de audiência prévia) durante o qual qualquer interessado se pode manifestar (junto do serviço de registo que deu início ao procedimento), em termos fundamentados, mediante pronúncia que será objeto de resposta fundamentada, no prazo de 20 dias, pelo Conselho Diretivo do Instituto dos Registos e do Notariado.

A ausência de pronúncia ou a decisão de improcedência quanto à pronúncia que haja sido apresentada determinam que *o prédio identificado seja considerado prédio sem dono conhecido* e que o serviço de registo competente oficiosamente promova, publicite e comunique às entidades legalmente determinadas a inscrição do prédio na matriz (caso se encontrasse omisso), bem como o registo provisório por natureza de aquisição a favor do Estado.

Durante a vigência deste registo provisório — 15 anos — o prédio é administrado, para utilização agrícola, florestal ou silvo-pastoril, pela Florestgal — Empresa de Gestão e Desenvolvimento Florestal, S.A., na qualidade de gestora de negócios. A Florestgal encontra-se, naturalmente, impedida de celebrar negócios jurídicos que visem a transmissão da propriedade, bem como a constituição de direitos reais menores, mas o legislador, no art. 12.º do diploma legal em apreço, reconhece a tal entidade a possibilidade de ceder a gestão da propriedade pelo prazo de 15 anos, susceptível de renovação, ou dar o prédio em arrendamento.

Não obstante o registo provisório, obviamente, nada impede que seja feita a prova (a realizar no âmbito do sistema de informação cadastral simplificada) de que sobre o prédio em causa incide direito de propriedade de outrem (ou outros direitos reais ou pessoais de gozo). Feita essa prova e reconhecida a titularidade do direito, o registo provisório a favor do Estado converter-se-á em registo definitivo a favor daquele que demonstrou ser o proprietário e o Estado entregar-lhe-á tudo o que haja recebido de terceiros no exercício da gestão, deduzido o montante despendido a título de despesas e benfeitorias necessárias e úteis realizadas no prédio, bem como, sendo o caso, do montante da taxa por custos de gestão (cfr. n.º 3 do art. 11.º do Decreto-Lei n.º 15/2019, de 21 de Janeiro). Por fim, se o prédio se encontrar arrendado ou cedido a terceiro no momento da prova da titularidade do direito pelo proprietário, este sucederá ao

Cabe, em consequência, questionar *se* o abandono e a renúncia abdicativa do direito de propriedade sobre imóveis são ou não admissíveis no ordenamento jurídico nacional.

Perguntas estas que se revelam ainda mais pertinentes quando se sabe que, a nível europeu, nos últimos anos, a possibilidade de renúncia abdicativa ao direito de propriedade sobre coisas imóveis passou a ser um assunto cadente perante a crescente vontade de certos cidadãos se demitirem de bens imóveis e o surgimento dos movimentos "Okupa" [3].

Estado na posição contratual, estando-lhe vedado proceder à sua extinção unilateral quando essa possibilidade não resulte da Lei ou de contrato (cfr. n.º 4 do art. 11.º do mesmo diploma legal).

Ao invés, caso não seja demonstrada a titularidade de direito por outrem, durante o lapso de quinze anos, inicia-se a terceira fase do procedimento em análise.

A saber:

A entidade gestora informa o Instituto dos Registos e do Notariado para que promova a publicitação, durante 30 dias, da *possibilidade* de promoção da inscrição matricial e do registo de aquisição definitivo favor do Estado, mediante recurso à justificação administrativa.

Qualquer interessado pode pronunciar-se, em termos fundamentados, nesse prazo, o que, a verificar-se, conduzirá a prolação de decisão, em 20 dias, pelo Instituto.

Em caso de ausência de pronúncia ou de prolação de decisão de improcedência quanto à mesma, o Instituto dos Registos e do Notariado informará a Direção-Geral do Tesouro para que esta emita parecer vinculativo quanto à possibilidade de inscrição em definitivo do registo de aquisição a favor do Estado, com base em justificação administrativa.

Havendo parecer positivo, as conclusões deste serão registadas no Balcão Único do Prédio (bupi), concluindo-se desse modo o processo de justificação administrativa e obtendo o Estado título bastante para a promoção do registo de aquisição definitivo.

Cumprido o procedimento de justificação administrativa, o IRN, I. P., promove o registo definitivo de aquisição a favor do Estado, informando o serviço ou organismo público responsável pela administração do património do Estado, bem como a AT e à Florestgal, para que promova a inscrição matricial a favor do Estado.

Efectuado este registo, passam a vigorar as presunções, previstas no art. 7.º do Cód.Reg.Pred., nos termos das quais o direito de propriedade existe e integra o domínio privado do Estado.

Por último, a decisão de registo definitivo é suscetível de impugnação graciosa e contenciosa nos termos gerais e não prejudica o recurso a outros meios de defesa da propriedade ou da mera posse.

[3] A expressão "OKupa" faz referência ao acto de ocupar um espaço ou construção, não utilizado, desabitado ou explorado, sem a permissão dos proprietários, não para adquirir o direito de propriedade sobre ele, mas para criar uma esfera de sociabilidade e de vivência libertária. Nas décadas de 1980 e 1990, os movimentos de *okupas*, *squatters* (como também são conhecidos) concretizaram milhares de ocupações para instalar oficinas, rádios clandestinas, livrarias, bares, cinemas, palcos

A relevância do tema conduziu o legislador belga a afastar-se do Código de Napoleão, admitindo, expressamente, no novo livro III do Código Civil, a renúncia entre as formas gerais de extinção dos direitos reais (cfr. 5.º do artigo 3.15) e a sujeitá-la ao registo, sob pena de inoponibilidade a um terceiro, de boa-fé, titular de um direito incompatível (cfr. art. 3.30).

Saliente-se que a polémica doutrinal sobre a admissibilidade da renúncia abdicativa como forma de extinção do direito de propriedade sobre imóveis tem assumido particular relevância em Itália e em Espanha, pois os respectivos ordenamentos jurídicos, na esteira do ordenamento jurídico francês, rejeitam o abandono, mas não se pronunciam sobre a renúncia.

2. A DISTINÇÃO ENTRE ABANDONO E RENÚNCIA ABDICATIVA AO DIREITO DE PROPRIEDADE

O abandono é a causa de perda do direito de propriedade, que se traduz no ato material e voluntário, sem conteúdo comunicativo, pelo qual o seu titular se demite dele, sem o atribuir a outrem, mas sim, extinguindo-o.

O abandono é a demonstração de desinteresse completo e perene pelo aproveitamento das utilidades que a coisa fornece. O proprietário, voluntariamente, abre mão da posse da coisa, para quebrar o nexo de pertença — titularidade — que a ela o ligava. O abandono supõe, portanto, *corpus (comportamento)* e *animus derelictionis (vontade de abdicar da titularidade do bem)*, sendo insuficiente a verificação de um só desses elementos.

Em causa está um negócio jurídico, porque o efeito que produz — a perda do direito — é conformado pelo seu autor e a Lei aceita-o, tal como foi querido.

Negócio jurídico esse que não envolve uma declaração negocial *proprio sensu*, pois a vontade de pôr fim à relação de domínio ou de

de teatros, espaços para ensaios e até escritórios de apoio jurídico. Recordamos o *Kunsthaus Tacheles*, localizado em um edifício em ruínas da conhecida rua *Oranienbuger*, que foi o centro cultural alternativo mais famoso de Berlim.

GESTLEGAL

soberania que liga o titular do direito real à coisa manifesta-se através de uma simples actuação, de um simples acto de execução, o mesmo é dizer pela mera adopção de um *comportamento*, de conteúdo positivo ou negativo. Por isso é um *negócio jurídico de actuação*, em relação ao qual, obviamente, não se coloca qualquer questão de forma.

O abandono para além de ser um negócio unilateral, pois que só tem uma parte, é não receptício, uma vez que não é dirigido a quem quer que seja nem carece de ser levado ao conhecimento de ninguém.

A renúncia abdicativa ao direito de propriedade, visando o mesmo efeito que o abandono — a abdicação pura e simples da *plena in re potestas*, extinguindo-a —, por seu turno, é um negócio jurídico unilateral e não receptício, porquanto o seu núcleo essencial é integrado por uma declaração de vontade — não apenas por um comportamento —, a que o ordenamento jurídico atribui o efeito jurídico concordante com o conteúdo da vontade da parte — a extinção do direito —, sem que dependa da concordância de um terceiro e sem que tenha de ser dirigida e levada ao conhecimento de quem quer que seja, mesmo que reflexa ou indirectamente possa conduzir, se a legislação o previr, à aquisição originária do Estado [4].

A qualificação do abandono e da renúncia abdicativa como negócios unilaterais e não receptícios, que visam unicamente a exclusão do direito de propriedade do património do seu autor, conduz, naturalmente, a que se reconheça que o facto de a coisa ser abandonada ou objecto de renúncia abdicativa e, por isso, consoante a opção legislativa, passar a ser susceptível de ocupação, poder vir a integrar o património privado do Estado ou integrar automaticamente tal património, é uma consequência que deriva directa e automaticamente da lei, independentemente da vontade do ex-proprietário.

---

[4] Como afirma FRANCISCO PEREIRA COELHO, na renúncia puramente abdicativa ou renúncia em sentido estrito a causa ou objecto da declaração negocial renunciativa é a pura abdicação, renúncia, demissão, despojamento de um direito de que se é titular: o titular do direito subjectivo, em lugar de o conservar, ou de o exercer, ou de não o exercer, declara renunciar a ele — declara pretender a produção desse efeito que se cifra na extinção (ao menos subjectiva) daquele direito, e a produção apenas desse efeito, não também de qualquer efeito de subsequente aquisição do direito por outra pessoa, nem também o benefício de outra pessoa, por outro modo que não a aquisição do direito objecto de renúncia." (Cfr. FRANCISCO PEREIRA COELHO, *A renúncia abdicativa no Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 12 e 13).

Acresce que, quando a opção legislativa passa pela integração automática no património privado do Estado, há-de entender-se que a aquisição do Estado ocorre *ope legis*, sem necessidade de aceitação e sem possibilidade de recusa, pois o objectivo visado pelo legislador foi o de impedir a existência de bens imóveis sem dono.

3. DA (IM)POSSIBILIDADE DE, ENTRE NÓS, SE EXTINGUIR O DIREITO DE PROPRIEDADE SOBRE COISAS IMÓVEIS POR ABANDONO

De acordo com o art. 1318.º, as coisas móveis e os animais podem ser adquiridos por ocupação caso sejam abandonados *(derelictae)*. E, assim sendo, é inquestionável que o legislador nacional, quanto às coisas móveis e aos animais, admite a possibilidade de extinção do direito de propriedade por abandono, porquanto, não podendo existir dois direitos de propriedade, aquele que ocupa uma coisa móvel ou animal abandonado só adquire originariamente o direito, por ocupação, porque o anterior proprietário o deixou de ser [5].

Ao invés, quanto aos bens imóveis, não existe qualquer preceito paralelo [6]. De facto, de entre as formas de aquisição do direito de

[5] Como se sabe, a ocupação é um modo de aquisição originária do direito de propriedade que, genericamente, consiste na apropriação ou tomada de posse de uma coisa ou de um animal que não tem ou deixou de ter dono.

Segundo o disposto no art. 1318.º do Código Civil, podem ser ocupadas as *res nullius* (coisas *móveis* que nunca tiveram dono), as *res derelictae* (coisas móveis abandonadas), as coisas móveis perdidas ou escondidas pelos seus proprietários. E, ainda, os animais.

Para que haja ocupação é necessária a tomada de posse da coisa, a apreensão material da coisa móvel.

O ocupante deve ter capacidade de gozo bastante, embora não seja necessária capacidade de exercício ou mesmo o uso da razão, pois, na nossa perspectiva, outro não pode ser o entendimento em face do regime estatuído no art. 1266.º do Código Civil, segundo o qual podem adquirir posse "todos os que têm uso da razão, e ainda os que o não têm". Em síntese, a ocupação é um acto jurídico simples, aliás, como resulta da alínea *d)* do art. 1317.º do Código Civil que esclarece que a aquisição da propriedade por ocupação se dá no momento do simples acto de apreensão.

[6] Apenas quanto às águas originariamente públicas prevê o legislador português o abandono, no art. 1397.º do Código Civil. Mas tal norma é absolutamente excepcional, uma vez que o abandono admitido como causa extintiva do direito de propriedade não altera a natureza jurídica das coisas abandonadas e, conforme a solução legalmente

GESTLEGAL

propriedade sobre imóveis não consta a ocupação, o que conduz a generalidade da doutrina a defender a inadmissibilidade de extinção do direito de propriedade sobre imóveis por abandono.

Acresce que mesmo que o legislador nacional admitisse, em geral, o abandono do direito de propriedade de coisas imóveis como causa da perda do direito de propriedade, este sempre teria um regime particular, não conduzindo a que a coisa abandonada se tornasse *nullius* ou *derelictae* e passasse a ser susceptível de ocupação, uma vez que o art. 1345.º do Código Civil estatui, como já se referiu, que "as coisas imóveis sem dono conhecido consideram-se do património do Estado" e, por maioria de razão, a mesma solução teria de valer para as coisas imóveis sem dono.

Mas, vejamos outros argumentos apresentados pela doutrina contra a inadmissibilidade de extinção do direito de propriedade sobre imóveis por abandono.

HENRIQUE MESQUITA, após considerar inadmissível, no plano do direito constituído, a extinção do direito de propriedade sobre imóveis através da renúncia, pelas razões que *infra* apresentaremos, considera que também a extinção pela via do abandono se deve considerar excluída afirmando que nada justificaria que não se admitisse a declaração de renúncia e se autorizasse o abandono. "A solução inversa é que poderia ter justificação, na medida em que o abandono, especialmente em relação a imóveis, pressupõe, da parte do abandonante, uma atitude de desinteresse mais ou menos prolongada (conforme os bens de que se trate) e cujo significado nem sempre se torna possível apreender com precisão, originando, por conseguinte, sobre a titularidade do domínio, situações de indefinição que, sob o ponto de vista económico, são inquestionavelmente perniciosas" [7].

---

prevista, em consequência do abandono, as coisas ou ficam na situação de *res nullius ou derelictae* (sujeitas a serem ocupadas por qualquer pessoa) ou ingressam no domínio privado do Estado. Ora, como se pode constatar da mera leitura, o art. 1397.º do Código Civil determina que as águas originariamente públicas, uma vez abandonadas, não se tornam coisa sem dono, nem passam a integrar o património privado do Estado, readquirem, isso sim, a natureza de águas públicas e deixam, por conseguinte, de estar no comércio jurídico; não obstante, podem, depois, ser ocupadas. (*Vide*, entre outros: PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. III, 2.ª ed. rev. e act., Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 330 a 333; HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Almedina, Coimbra, 1990, nota 138, p. 379).

[7] HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, *Ob. cit.*, p. 378.

O insigne Mestre, em defesa da inadmissibilidade do abandono de imóveis como causa da perda do domínio, invoca também o n.º 1 do art. 89.º da Constituição (actual art. 88.º) que prevê a possibilidade de certos bens em situação de *abandono* serem expropriados [8], alegando que se o abandono gerasse a perda do domínio, a expropriação seria desnecessária, por força do estatuído no art. 1345.º do Código Civil.

Sublinhe-se que, na nossa perspectiva, independentemente do previsto no art. 1345.º do Código Civil, a expressão abandono não é utilizada, no referido preceito constitucional, em sentido técnico jurídico rigoroso, mas sim como forma de referir o não aproveitamento das utilidades dos bens de produção.

Contra a admissibilidade de abandono de coisas imóveis também já se afirmou que o mesmo seria contrário à função social da propriedade. No entanto, pela nossa parte, temos dificuldade em compreender este argumento, pois a função social da propriedade pode não ser realizada ou atingida com a proibição legal de abandono de coisas imóveis, uma vez que o proprietário, vendo-se impedido de abandonar a coisa, poderá não a usar, conservar, fruir ou dispor, afectando, assim, eventualmente mais, a função social da *plena in re potest*as.

Por fim, segundo a doutrina, a inadmissibilidade do abandono do direito de propriedade sobre coisas imóveis era inquestionável perante a exigência legal de escritura pública para os actos que importassem "reconhecimento, constituição, aquisição, modificação, divisão ou extinção dos direitos de propriedade, usufruto, uso e habitação, superfície ou servidão sobre coisas imóveis" (cfr. alínea *a)* do n.º 1 do art. 89.º e n.º 1 do art. 80.º, respectivamente, do Código do Notariado de 1967 e de 1995). E, nessa óptica, permanece inquestionável, por força do art. 22.º do Decreto-Lei 116/2008, segundo o qual, sem prejuízo do disposto em Lei especial, só são válidos se forem celebrados por escritura pública ou documento particular autenticado sujeito a depósito eletrónico (DPA) os *"actos que importem reconhecimento, constituição, aquisição, modificação, divisão ou extinção dos direitos*

[8] Henrique Mesquita, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Ob. cit., nota 138, p. 379.

GESTLEGAL

de propriedade, usufruto, uso e habitação, superfície ou servidão sobre coisas imóveis (...)".

Claro está que este argumento apenas pode proceder se se entender que o legislador, quando elencou os actos de reconhecimento, constituição, aquisição, modificação, divisão ou extinção, deu por assente que qualquer um deles poderia ocorrer tendo por objecto o direito de propriedade. Acresce que quem aceite tal raciocínio como que se verá forçado a reconhecer a admissibilidade da renúncia do direito de propriedade sobre imóveis, porquanto, este será o único acto extintivo do direito de propriedade sobre imóveis susceptível de ser reduzido à forma de escritura pública.

Não obstante a contra argumentação que fomos apresentando às razões que têm sido invocadas contra a admissibilidade do abandono como causa de extinção do direito de propriedade sobre coisas imóveis, em nosso juízo, efectivamente, o mesmo *não é, nem deve ser,* admitido.

Em abono da possibilidade de abandono de coisas imóveis não se pode invocar o princípio da autonomia privada e o argumento de que a propriedade é um direito subjetivo e não um encargo, nem esgrimir com a função social da propriedade, uma vez que para defesa da autonomia e dos interesses do proprietário e para garantir que a propriedade cumprirá a sua função social, bastará reconhecer ao proprietário a possibilidade de extinguir o seu direito mediante renúncia abdicativa, adquirindo, consequentemente, o Estado, originária e automaticamente, o direito que integrará o seu domínio privado, pois, como já se referiu, se, por força do art. 1345.º do Código Civil, as coisas imóveis *sem dono conhecido* integram o património privado do Estado, por maioria de razão, a mesma solução terá de valer para as coisas imóveis sem dono.

De facto, apenas quem negue a admissibilidade quer do abandono quer da renúncia abdicativa, como causas de extinção do direito de propriedade sobre coisas imóveis, terá, por um lado, de reconhecer que caso um proprietário se desinteresse da coisa imóvel objecto do seu direito e deixe de exercer os correspondentes poderes de uso, fruição e disposição apenas poderá desejar e a esperar que um terceiro a queira adquirir, mediante a invocação da usucapião, decorridos que sejam os anos de posse pública e pacífica impostos por lei. E, por outro, terá de admitir que a função social do direito de propriedade sobre tal coisa imóvel pode ser afectada durante largos anos. E isto sem que o Estado nada faça,

nem possa fazer, designadamente por o imóvel estar descrito no registo predial ou inscrito na matriz e não poder ser havido *como prédio sem dono conhecido* nos termos do Decreto-Lei n.º 15/2019, de 21 de Janeiro.

Mas, o abandono, em sentido técnico-jurídico rigoroso, como causa de extinção do direito de propriedade sobre coisas imóveis *não é, nem pode ser*, admitido, independentemente de o legislador nacional reconhecer a possibilidade de renúncia abdicativa como causa de extinção da propriedade imobiliária, atendendo a que o não uso é ainda manifestação da condição de proprietário.

Explicitando, o desinteresse do proprietário, mesmo quando prolongado, tanto pode significar que ele praticou um acto de abandono (que agiu com *animus derelinquendi*), como, em vez disso, decidiu não exercer temporariamente o seu direito. Ora, sendo impossível deduzir vontades de sentido diverso do mesmo comportamento, torna-se inviável estabelecer uma qualquer presunção quanto à intenção de não conservar o imóvel no respectivo património — o mesmo é dizer que, se torna inadmissível presumir *o animus derelinquendi* — e, consequentemente, inaceitável reconhecer o abandono — em sentido técnico-jurídico rigoroso — como causa de extinção do direito de propriedade imobiliária [9] [10].

4. DA POSSIBILIDADE DE SE EXTINGUIR O DIREITO DE PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA POR RENÚNCIA ABDICATIVA

Antes de analisarmos a possiblidade de em Portugal o direito de propriedade se extinguir por renúncia abdicativa, cumpre ter em conta

[9] Diversa é a posição assumida pelo legislador brasileiro, que como já referimos, no §2.º do 1.276 estabelece a presunção *iuris et de iure* de que o proprietário tem intenção de não conservar o imóvel no seu património quando cessa os actos de posse e deixa de satisfazer os encargos fiscais durante três anos.

[10] Mas, desconhecendo-se o proprietário (designadamente, por este não constar do registo, do cadastro, da matriz e haver cessado a posse sobre o imóvel em termos de direito de propriedade), o legislador tem toda a legitimidade para, designadamente, presumir: i) que o imóvel *sem dono conhecido* pertence ao Estado — é, como se verá, o que ocorre em Espanha; ii) que o imóvel *não tem dono* — é o que ocorre, como se demonstrará *infra*, em França.

GESTLEGAL

as soluções consagradas em outros ordenamentos jurídicos europeus que possam ter influenciado o legislador nacional. É o que faremos de seguida, dando só depois conta das posições que têm sido adoptadas na doutrina nacional sobre a admissibilidade/inadmissibilidade da renúncia abdicativa do direito de propriedade imobiliária, para, por fim, apresentarmos o nosso entendimento sobre a questão em apreço.

4.1. Da possibilidade de se extinguir o direito de propriedade imobiliária por renúncia abdicativa, no direito comparado

A análise dos ordenamentos jurídicos europeus, quanto à admissibilidade da renúncia abdicativa como forma de extinção do direito de propriedade imobiliária, permite-nos agrupá-los em dois conjuntos: um formado pelos ordenamentos jurídicos nos quais é admitida de forma expressa a renúncia da *plena in re potestas* sobre coisas imóveis; outro, formado pelos ordenamentos jurídicos cujos legisladores não assumiram, pelo menos de forma expressa, posição sobre a admissibilidade da renúncia como causa de extinção da propriedade imobiliária.

Entre os ordenamentos jurídicos que admitem de forma expressa a renúncia da *plena in re potestas* sobre coisas imóveis encontram-se o alemão, o suíço e o belga.

O §928 do BGB, de 1896, estatui que "a propriedade de um imóvel se extingue se o proprietário fizer, perante a repartição registal, declaração de renúncia e esta for inscrita no livro fundiário". O que se compreende quando se tem presente que no sistema registal alemão a inscrição é constitutiva, para as mutações jurídicas decorrentes de negócios jurídicos *inter vivos*, funcionando, consequentemente, o registo como um dos elementos do *modus adquirendi*, a par com negócio real [11].

A segunda parte do §928 do BGB acrescenta que o direito de apropriação dos imóveis abandonados pertence ao Tesouro do Estado, tornando-se este proprietário quando obtém o registo a seu favor.

---

[11] *Vide* Mónica Jardim, *Efeitos Substantivos do Registo Predial — Terceiros para Efeitos de Registo*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 179 e ss. e "Os Sistemas Registais e a Sua Diversidade", *Revista Argumentum — Argumentum Journal of Law*, vol. 21, n.º 1, 2020, Jan.-Abril, p. 437-463, p. 448 e 449.

Portanto, ocorrendo a renúncia, nos termos da Lei — declaração de renúncia dirigida à repartição do registo + inscrição da renúncia no livro fundiário —, a coisa imóvel torna-se *res nullius*, passando a ter o Tesouro do Estado o direito exclusivo de a apropriar, podendo exercê-lo ou não. Direito de apropriação este que é exercido quando o Tesouro do Estado solicita a inscrição no Registo e é publicitada a sua aquisição.

No ordenamento jurídico suíço, onde vigora um sistema de título e modo complexo [12], o §658 do Código Civil, em vigor deste 1907, determina que, salvo disposição contrária do Direito Cantonal, quanto aos imóveis vale o princípio de direito comum da liberdade de ocupação, de modo que adquire a propriedade o primeiro ocupante.

Mas, a verdade é que se em causa estiver um imóvel que conste do Registo — o que em regra ocorre, pois só não constam do registo os que nunca foram apropriados (por exemplo, o cume de uma montanha), — este só poderá ser adquirido por ocupação se do Registo resultar claramente que o bem se tornou coisa sem dono. Ora, o Registo só publicitará que um imóvel se tornou coisa sem dono, se houver renúncia, pois, de acordo com o sistema registal suíço a constituição, modificação e extinção de direitos reais (voluntária e *inter vivos*), que tenham por objecto um imóvel, depende, além do mais, de um negócio de disposição [13].

A ocupação supõe, portanto, que: i) ocorra a renúncia; ii) o imóvel conste do registo como não tendo dono, ii) o direito cantonal do lugar do imóvel admita a ocupação, iii) ocorra a apropriação da coisa.

Por fim, na Bélgica, onde vigora um sistema de título e o registo visa "apenas" consolidar a eficácia *erga omnes* das situações jurídico-reais [14], o legislador, tendo começado por adoptar o Código de Napoleão, não

---

[12] *Vide* MÓNICA JARDIM, *Efeitos Substantivos do Registo Predial — Terceiros para Efeitos de Registo*, ob. cit, nota 380, p. 217e ss. e "Os Sistemas Registais e a Sua Diversidade", loc. cit., p. 440 a 443.

[13] Negócio esse que apresenta como um negócio unilateral, identificado pela doutrina suíça com a declaração de consentimento proferida pelo proprietário disponente para que ocorra a modificação do estado tabular e que é dirigida ao responsável pelo registo (cfr. §936 da *Ordonnance sur le Registre Foncier*).

[14] *Vide* MÓNICA JARDIM, "Os Sistemas Registais e a Sua Diversidade", loc. cit., p. 447 e 448.

assumiu qualquer posição sobre a admissibilidade da renúncia como causa de extinção da propriedade imobiliária. Mas, com o novo livro III do Código Civil, que entrou em vigor a 1 de Setembro de 2021, como já se referiu, o legislador belga admitiu expressamente a renúncia entre as formas gerais de extinção dos direitos reais (cfr. 5.º do artigo 3.15).

Ocorrendo a renúncia, o art. 3.66, do mesmo diploma legal, determina a aquisição originária e automática da propriedade pelo Estado, sem prejuízo do direito de intentar uma acção de responsabilidade contra o proprietário anterior por quaisquer obrigações, depreciação ou danos relacionados com o bem imóvel.

Entre os ordenamentos jurídicos cujos legisladores não assumiram, pelo menos aparentemente, qualquer posição sobre a admissibilidade da renúncia como causa de extinção da propriedade imobiliária encontram-se o austríaco, o francês, o espanhol e o italiano [15].

Na Áustria, apesar da falta de manifestação expressa pelo legislador, a doutrina, em geral, não tem dúvidas em reconhecer a admissibilidade da renúncia abdicativa como causa extintiva do direito de propriedade, pois considera que o proprietário tem entre as faculdades que lhe são atribuídas o poder de dispor através da renúncia, resultando tal, claramente, do §362 do ABGB em conjugação com os §386 e §387 ABGB, bem como dos trabalhos preparatórios do Código Civil [16], em vigor desde 1811. Acresce que, também a jurisprudência austríaca,

---

[15] Sendo para nós inequívoco, em virtude do que se exporá *infra*, que entre os ordenamentos jurídicos cujos legisladores não assumiram, pelo menos aparentemente, qualquer posição sobre a admissibilidade da renúncia como causa de extinção da propriedade imobiliária se encontram o francês e o italiano, obviamente, não podemos concordar com a afirmação feita por HENRIQUE MESQUITA, nos termos da qual: "*Uma incursão pelo direito comparado mostra-nos que a extinção do direito de propriedade sobre imóveis, pela via da declaração renunciativa, é admitida pela generalidade das legislações. (...) Também na França e em Itália se admite hoje, sem controvérsia, a renúncia ao direito de propriedade sobre imóveis (...).*" (Cfr. HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Almedina, Coimbra, 1990, nota 130, p. 375-376).

[16] ANDREAS DENGLER, *Dereliktion und Okkupation von Liegenschaften*, Wien, Fundstelle, 1983, p. 182; ARNIM EHRENZWEIG, *System des Osterreichischen Privatrechts*, Manz, Wien, 1923, p. 284; JULIUS OFNER — *Der Urentwurf und die Beratungsprotokolle des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches*, vol. I, 1889, Glashütten im Taunus, Auvermann, p. 259; THOMAS KLICKA, "§387", *Schwimann ABGB Praxiskommentar*, vol 2, Lexisnexis, Wien, 2012, secção 387.

incluindo o Supremo Tribunal, já reconheceu ao proprietário de um bem imóvel a faculdade de recorrer à renúncia abdicativa com forma de extinguir a *plena in re potestas*.

Ocorrendo a renúncia, de acordo com o §382 ABGB, vale o princípio de direito comum da liberdade de ocupação, de modo que adquire a propriedade o primeiro ocupante, desde que o privilégio de apropriação não seja restringido pelo Direito administrativo ou concedido apenas a alguns cidadãos.

Mas, se em causa estiver um imóvel que conste do Registo — o que em regra ocorre, pois só não constam do registo os que nunca foram apropriados —, este só poderá ser adquirido por ocupação se do Registo resultar claramente que bem se tornou coisa sem dono.

O que não causa estranheza, quando se sabe, por um lado, que no ordenamento jurídico austríaco vigora um sistema de título e modo complexo, assumindo o registo uma função constitutiva para as mutações jurídicas decorrentes de negócios jurídicos *inter vivos que tenham por objecto imóveis*, e que, assim sendo, o registo da renúncia é um dos elementos do *modus adquirendi complexo*, a par com negócio real.[17]Por outro lado, que a renúncia gera a extinção objectiva do direito de propriedade e conduz a que a coisa fique sem dono. E, por fim, que a ocupação tem por objecto coisa sem dono.

Em suma, vale para ordenamento austríaco o que se afirmou para o suíço, não obstante os respectivos legisladores se terem manifestado de forma bem diversa.

No ordenamento jurídico francês, o art. 713 do Código Civil, na versão em vigor aquando dos trabalhos preparatórios do Código Civil português, estatuía: "Os bens que não têm dono pertencem ao Estado".

Deste modo, visou o legislador consagrar o princípio da impossibilidade de ocupação de coisas imóveis, que, por um lado, representa a consolidação de uma conquista revolucionária, já que antes da revolução apenas aos senhores feudais era reconhecida a possibilidade de ocuparem os imóveis vagos, direito este que lhes foi retirado com o

[17] Sobre o Sistema de título e modo complexo vigente na Áustria, *vide* MÓNICA JARDIM, *Efeitos Substantivos do Registo Predial — Terceiros para Efeitos de Registo*, *Ob. cit.*, p. 200 e ss. e "Os Sistemas Registais e a Sua Diversidade", loc. cit., p. 445 a 447.

GESTLEGAL

art. 70 da Lei 13-20 de Abril de 1791, sendo, daí por diante, somente reconhecido aos Municípios.

Refira-se que no projecto do Código de Napoleão chegou a constar uma disposição nos termos da qual: "A Lei não reconhece o direito à simples ocupação". No entanto, esta norma acabou por ser rejeitada por ser contrária à tradição de adquirir por ocupação, tendo o legislador francês se limitado a não reconhecer a ocupação como forma de aquisição da propriedade sobre bens imóveis [18]- [19].

A versão actual do art. 731 estatui que os bens que não têm dono pertencem ao município em cujo território se situam [20]. O município pode renunciar ao exercício dos seus direitos, na totalidade ou em parte do seu território, por deliberação do conselho municipal, a favor do estabelecimento público de cooperação intermunicipal com estatuto fiscal próprio. Os imóveis sem dono são, então, considerados como pertencentes ao estabelecimento público de cooperação intermunicipal.

Se o município ou o estabelecimento público de cooperação intermunicipal com estatuto fiscal próprio renunciar ao respectivo direito, é transferida *ope legis* a propriedade:

> "1.º Dos bens situados nas zonas definidas no artigo L.32-1 do Código do Ambiente, para a Conservatória do espaço litoral e das margens lacustres, desde que o solicite, ou, na sua falta, à Conservatória regional de espaços naturais, de acordo com o artigo L. 414-11,

---

[18] *Vide* MARCEL PLANIOL, GEORGES RIPERT, JEAN BOULANGER, *Traité Élementaire de Droit Civil*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950-51, p. 958.

[19] Saliente-se que o Código de Napoleão continha também o art. 539, nos termos do qual: "Todos os bens vagos sem dono, e os bens das pessoas que falecem sem herdeiros ou que integrem sucessões abandonadas, pertencem ao Estado."

Os artigos 539 e 713 sofriam de inegáveis imperfeições, o que conduziu parte da doutrina a questionar se a expressão "bens vagos e sem dono", do art. 539, era equivalente à expressão "bens que não têm dono", do art. 731, tendo, no entanto, a maioria da doutrina acabado por concluir que as expressões eram sinónima. Não admira, por isso, que a doutrina considerasse o art. 539 uma cópia defeituosa do art. 731 que, por clareza, devia ser suprimida (Cfr. CARBONIER, *Droit Civil* II, Presses universitaires de France, Paris, 1957, p. 265).

[20] Na versão actualmente em vigor, o art. 539, por seu turno, estipula: "Os bens das pessoas que falecem sem herdeiros ou que integrem sucessões abandonadas pertencem ao Estado."

do mesmo diploma legal, desde que o solicite ou, na sua falta, para o Estado;

2.º Os outros imóveis, para o Estado."

O Código Geral dos Bens das Pessoas Públicas, por seu turno, determina que são considerados *sem dono* os bens que fazem parte de uma sucessão aberta há mais de trinta anos e para a qual nenhum sucessor se tenha apresentado e os bens que não têm proprietário conhecido e cujos respectivos impostos não tenham sido pagos ou tenham sido pagos por terceiros, para de seguida distinguir dois métodos distintos de aquisição de propriedade sobre tais bens sem dono. A saber:

i) Uma apropriação pelos municípios, que ocorre *ope legis*, dos bens que façam parte de uma sucessão aberta há mais de trinta anos e para a qual nenhum sucessor se tenha apresentado, pois decorridos trinta anos sobre a abertura da sucessão caduca a possibilidade de aceitação e, portanto, *inquestionavelmente os bens não têm dono*;

ii) Uma incorporação no domínio municipal, após um procedimento de apropriação organizado nos termos do artigo L. 1123-3 *que não têm proprietário conhecido e, por isso, presumivelmente não têm dono* (cujo proprietário não conste do Registo, nem do cadastro e cujos impostos não tenham sido pagos durante mais de três anos) [21].

[21] Na presença de um bem *que não têm proprietário conhecido e que, por isso, presumivelmente não têm dono*, o município implementa um procedimento de apropriação. É do interesse do Presidente da Câmara realizar previamente uma investigação para verificar a situação do referido bem, pois assim pode evitar dar início prematuramente a um procedimento.

O procedimento de apropriação organizado nos termos dos artigos L. 1123-3 do Código Geral dos Bens das Pessoas Públicas, para o município incorporar no seu domínio *um bem sem dono conhecido*, tem duas fases:

— na primeira fase, o Presidente da Câmara decide e declara, por decreto, que a propriedade não tem proprietário conhecido. Esta decisão é tomada, após consulta da comissão local de impostos directos e é publicada e notificada a quem de direito.

— a segunda fase é a da incorporação: seis meses após a conclusão da última das medidas publicitárias, se nenhum proprietário se tiver apresentado, o

GESTLEGAL

Não prevendo o legislador francês, no Código Civil, a possibilidade de renúncia ao direito de propriedade, parece-nos, no entanto, que nunca a pretendeu proibir. De facto, como resulta de todo o exposto, a grande preocupação do legislador francês foi sempre a de proscrever a ocupação dos imóveis sem dono, só por isso foi rejeitada a existência de imóveis *nullius* ou *derelictae*, não mais, pois, logicamente, os imóveis sem dono têm de existir para de seguida serem integrados no património do Estado.

Acresce que se o legislador francês reconhece o "abandono fáctico" dos imóveis e, por isso, criou o procedimento de apropriação, para o município incorporar no seu domínio o *bem sem dono conhecido*, consequentemente, não vemos por que razão rejeitaria a renúncia abdicativa da propriedade imobiliária, que tornaria o bem, inquestionavelmente, *sem dono* e, por isso, deveria conduzir à apropriação pelos municípios, *ope legis*, tal como ocorre quanto aos bens que façam parte de uma sucessão aberta há mais de trinta anos e para a qual nenhum sucessor se tenha apresentado.

Por fim, não vemos como se possa negar ao proprietário a faculdade de renunciar ao seu direito, perante a concepção do direito de propriedade expressa no art. 544 do Código Civil.

No ordenamento jurídico espanhol, a Lei do Património das Administrações Públicas 33/2003, de 3 de Novembro, de forma idêntica à anterior Lei do Património do Estado de 15 de Abril de 1964, excluiu a possibilidade de os imóveis sem dono serem adquiridos por ocupação

---

conselho municipal pode decidir incorporar o imóvel no domínio municipal, o que ocorre por ordem do Presidente da Câmara. Se nenhuma decisão for tomada dentro deste período, a propriedade do bem é atribuída ao Estado.

Sublinhe-se, por fim, que se o proprietário do imóvel se tornar conhecido durante o procedimento, este cessa imediatamente. Se o proprietário original do bem ou os seus sucessores se apresentarem após a data de aquisição pelas autoridades públicas, a propriedade é-lhes restituída. A restituição estará sujeita ao pagamento pelo proprietário ou pelos seus sucessores do montante dos impostos não pagos, bem como do montante das despesas necessárias para a conservação do bem incorridas pelo município.

A título excepcional, se o bem tiver sido alienado pela entidade pública a um terceiro ou transformado de modo que impeça a sua restituição, o proprietário ou os seus sucessores podem solicitar uma indemnização igual ao valor do bem à data da sua alienação ou transformação.

pelos particulares [22], mas não deixou, ao contrário daquela, quaisquer dúvidas quanto à aquisição automática por parte da Administração Geral do Estado [23], prevendo, no art. 17, o seguinte:

> "1) Pertencem à Administração Geral do Estado os imóveis sem dono.
>
> 2) A aquisição destes bens terá lugar por força da lei, sem necessidade de qualquer acto ou declaração por parte da Administração Geral do Estado. Não obstante, desta atribuição do direito de propriedade não surgirão obrigações fiscais ou responsabilidades para a Administração Geral do Estado até que estes bens sejam efectivamente incorporados no património daquela através dos procedimentos previstos na alínea *d)* do artigo 47.º da presente lei.

---

[22] Já *Ley de Mostrencos*, de 16 de Maio de 1835, no seu art. 1, prescrevia: "Pertencem ao Estado os bens semoventes, móveis e imóveis, direitos e prestações seguintes:

> Primeiro. Os que estiverem vagos e sem dono conhecido por não serem possuídos por qualquer indivíduo ou corporação."

A partir desta lei, em Espanha, passou a estar consagrada a proibição de ocupação dos bens imóveis, uma vez que os bens imóveis abandonados, que nunca houvessem tido proprietário conhecido, bem como os pertencentes a pessoas que tivessem falecido sem outorgar testamento e sem deixar herdeiros legítimos pertenciam ao Estado.

Com a entrada em vigor do Código Civil, de 24 de Julho de 1889, surgiu a discussão doutrinal sobre se os bens imóveis podiam, ou não, ser adquiridos através da *ocupação*, discutindo-se, portanto, se, nesta matéria, o Código Civil tinha, ou não, revogado a *Ley de Mostrencos* de 1835. Sendo de salientar que, embora dividida, a doutrina estava inclinada a reconhecer a possibilidade de ocupação de um bem imóvel. (*Vide*, por todos, García Cantero, "La Aquisicion de Inmuebles vacantes por El Estado", *Revista de Administración Pública*, n.º 47,1965, Págs. 9-78, p. 19).

Como se referiu no texto, foi a Lei do Património do Estado de 15 de Abril de 1964 que pôs termo a esta polémica, excluindo, de forma expressa, a possibilidade de os imóveis sem dono serem adquiridos por ocupação pelos particulares.

[23] Como resulta do art. 45 da Lei do Património das Administrações Públicas 33/2003, de 3 de Novembro, os imóveis cujo donos sejam desconhecidos presumem-se da titularidade da Administração Geral do Estado. De facto, este preceito legal estatui: "As Administrações públicas têm a faculdade de investigar a situação dos bens e direitos que presumivelmente formem parte do seu património, com vista a determinar a titularidade dos mesmos, sempre que esta não seja certa".

O procedimento de investigação encontra-se previsto no art. 47 do mesmo diploma legal.

GESTLEGAL

3) A Administração Geral do Estado pode tomar posse dos bens assim adquiridos administrativamente, desde que estes não sejam detidos por ninguém na qualidade de proprietário, e sem prejuízo dos direitos de terceiros.

4) Se houver um possuidor como proprietário, a Administração Geral do Estado deve intentar a acção apropriada perante os tribunais civis" [24].

Por fim o art. 827 do Código Civil Italiano, de 1942, determina que: "Os bens imóveis que não são propriedade de ninguém pertencem ao património do Estado."

Esta disposição, já presente em vários códigos italianos anteriores à unificação, estava ausente no Código Civil de 1865. Apesar do silêncio do legislador, parte da doutrina defendia que a pertença ao Estado de bens destituídos de outro proprietário devia admitir-se como expressão de um princípio geral do Direito Italiano, sendo tal princípio dedutível, por um lado, do art. 425 do Código de 1865, que indicava o Estado como o primeiro sujeito a quem os bens podiam pertencer e, portanto, o Estado como sujeito a quem pertenciam os bens sem titular, e do art. 711 que, no que respeita à ocupação, indicava como possíveis exemplos do seu objecto apenas uma série de bens móveis.

Outros autores opuseram-se a esta solução e consideraram que todas as coisas móveis ou imóveis, sem um proprietário determinado, tinham o carácter de *res nullius ou derelictae*, e podiam, portanto, ser objecto de ocupação [25].

Com o actual artigo 827.º, o legislador italiano pretendeu preencher esta lacuna. De facto, determinando que em território italiano não podem existir bens imóveis que não sejam nem da propriedade de

[24] Quanto aos bens denominados, pela doutrina, como *ab intestato* — pertencentes a pessoas que faleçam sem deixar testamento e sem outros herdeiros — são diferidos ao Estado na qualidade de herdeiro, nos termos do art. 913 do Código Civil, desde a sua versão original.

[25] Por todos, *vide*: CARLO BONA, L'Abbandono Mero Degli Immobili, p. 47 e ss., disponível in:
https://iris.unitn.it/retrieve/handle/11572/169543/123034/COLLANA%20DELLA%20FACOLTA%20VOLUME%2012.pdf; GARCÍA CANTERO, "La Aquisicion de Inmuebles vacantes por El Estado", loc. cit., p. 11 e 12.

privados, nem da propriedade do Estado — se os bens imóveis não forem da propriedade de privados integram o património do Estado —, o legislador transalpino baniu a existência de imóveis *derelictae*, consequentemente, limitando a aquisição por ocupação aos bens móveis (ver artigo 923.º do Código Civil) [26].

Destaque-se, por último, que o legislador espanhol e o italiano não proíbem a renúncia do direito de propriedade imobiliária, limitam-se a não a prever. Acresce que, como resulta do exposto, aquando da publicação da Lei do Património do Estado espanhola de 15 de Abril de 1964 — que antecedeu a Lei do Património das Administrações Públicas 33/2003, de 3 de Novembro — e do Código Civil italiano de 1942, os legisladores espanhol e italiano o que visaram, neste domínio, foi por termo à polémica doutrinal sobre a possibilidade de os imóveis *sem dono* serem susceptíveis de aquisição mediante ocupação. Na verdade, até aos dias de hoje os legisladores espanhol e italiano ainda não se pronunciaram, expressamente, sobre a admissibilidade/ /inadmissibilidade da renúncia. Não obstante, a doutrina espanhola e italiana, em geral [27], admitem-na, são outorgadas escrituras de renúncia, a Direcção-Geral dos Registos e do Notariado espanhola — perante a recusa de um conservador em efectuar o registo de uma renúncia abdicativa do direito de propriedade imobiliária — já se manifestou sobre a sua sujeição a registo [28] e a *Avocatura Generale dello Stato*

[26] Quanto aos bens imóveis integrados em uma herança vaga, o Código Civil actual, no art. 586, tal como o Código Civil de 1865, no art. 758, prevê a sua devolução ao Estado, enquanto herdeiro legítimo.

[27] Por todos, na doutrina espanhola, *vide*: García Cantero, "La Aquisicion de Inmuebles vacantes por El Estado", loc. cit., p. 22 e ss.; Robles Latorre "La Renuncia al Derecho de Propiedad", *Derecho Privado y Constitución*, n.º 27, 2013, p. 49-75, p. 66 e ss.

Na doutrina italiana, por todos, *vide*: Bellinvia, Marco — *La Rinunzia Alla Proprietà ed ai Diritti di Godimento*, Consigiglio Nazionale del Notariato, Estudo n. 216-2014/C, disponível in: https://www.notariato.it/sites/default/files/216-14-c.pdf, p. 12 e ss.; Macioce, "Rinuncia", *Enciclopedia di Diritto*, XL, 1989, Milão, p. 923; Santoro-Passarelli, Francesco — *Dottrine Generali del Diritto Civile*, Nápoles, 2002, p. 218.

[28] A pronuncia da Direcção-Geral baseou-se no seguinte argumento: "*Únicamente habría de examinar se a não inclusão da renúncia do domínio, no artículo 2.1 da Lei Hipotecária, é suficiente para negar o seu acesso ao Registo. Y en este sentido la respuesta no puede ser sino negativa, toda vez que claramente establece*

italiano já se pronunciou em sentido favorável à renúncia abdicativa da propriedade imobiliária, através do Parecer n.º 37243/2017 [29], tendo voltado a fazê-lo no Parecer n.º 137950 de 14 de Março de 2018 [30], para reiterar a validade, em geral, no sistema jurídico italiano, dos actos de renúncia à propriedade de bens imóveis, mas identificando certos casos em que o acto de renúncia consubstancia uma violação a proibição do abuso de direito ou padece de nulidade (*v. g.* por contrariedade aos bons costumes, por fraude à lei, *etc.)* reveladas, eventualmente, pela situação fáctica do imóvel (terrenos com sérios e evidentes problemas hidrogeológicos, edifícios destruídos e inutilizáveis que têm de ser demolidos, terrenos contaminados, *etc.*).

4.2. Posições adoptadas na doutrina nacional sobre a admissibilidade/inadmissibilidade da renúncia abdicativa do direito de propriedade imobiliária

Oliveira Ascensão em defesa da admissibilidade da renúncia abdicativa do direito de propriedade sobre coisas imóveis invoca o art. 1305.º do Código Civil, que, ao elencar as faculdades que integram o direito de propriedade, se refere expressamente ao direito de disposição: "o proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da Lei e com observância das restrições por ela impostas."

---

el artículo 1 de la Ley Hipotecaria y confirma el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, que el Registro de la Propiedad tiene por objeto todos los actos o contratos relativos al dominio de los inmuebles, y sin que exista argumento alguno para sostener el carácter taxativo de la enumeración de títulos inscribibles que contiene en el artículo 2.1 de la Ley Hipotecaria, restringiéndose así el ámbito de la materia inscribible previamente definido; antes al contrario, la propia Ley Hipotecaria, a lo largo de su articulado recoge títulos inscribles no incluidos en aquella enumeración (cfr. artículos 26 y 107.6 de la Ley Hipotecaria), y así ocurre precisamente, con la extinción — ción misma de dominio (cfr. artículos 20.1 y 79 de la Ley Hipotecaria)" (Trecho citado por Robles Latorre "La Renuncia al Derecho de Propiedad", *Derecho Privado y Constitución*, n.º 27, 2013, p. 49-75, p. 71 e 72).

[29] Parecer disponível in: http://www.gaetanopetrelli.it/catalog/documenti/00000720/Nota%20Avvocatura%20dello%20Stato%2014.3.2018%20n.%20137950%20-%20Rinuncia%20alla%20proprieta.pdf

[30] Parecer disponível in: https://italiaius.it/wp-content/uploads/2020/02/Rinuncia-abdicativa.pdf.

O *ius abutendi*, segundo este Autor, manifesta-se, também, na vontade de deixar de ser proprietário, expressa através de uma renúncia abdicativa. Acresce que o direito de propriedade é um direito subjectivo e não um encargo. Por fim, segundo OLIVEIRA ASCENSÃO, a possibilidade de renúncia é "uma última defesa que resta ao particular perante o avolumar das exigências legais" [31].

Próxima desta é a posição defendida por MENEZES CORDEIRO, ao invocar não só o artigo 1305.º, mas também a norma constitucional (art.62.º) que "ao permitir a transmissão da propriedade, *máxime* a doação, também permite a pura e simples desistência" e os casos em que o Código Civil admite a renúncia, abdicativa ou liberatória [32]. Acrescenta ainda este Autor que deverá esta ser encarada como a última salvaguarda dos cidadãos contra a crescente investida do Fisco nos Estados Modernos.

Sublinhe-se, no entanto, que, enquanto MENEZES CORDEIRO [33] defende que havendo renúncia os imóveis integram automaticamente a esfera jurídica do Estado, ao invés, OLIVEIRA ASCENSÃO considera que o art. 1345.º apenas consagra uma presunção ilidível de que os imóveis sem dono pertencem ao Estado. Em concreto, segundo este Autor, o estatuído no art. 1345.º apenas visa "legitimar os órgãos públicos a englobar no seu património os imóveis sem dono conhecido, procedendo ao seu aproveitamento material e até à sua inscrição no Registo Predial, valendo-se da presunção de que beneficiam", ocorrendo a aquisição da propriedade por usucapião. Não obstando tal a que, sempre que o Estado não exerça posse sobre o imóvel, a coisa imóvel seja adquirida por um particular, nos termos gerais, por usucapião [34].

PINTO DUARTE mostra-se favorável à tese que admite a renunciabilidade do direito de propriedade sobre imóveis, ao invocar que, em

---

[31] Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Reais*, Coimbra Editora, Coimbra, 5.ª edição, *p.* 406.

[32] MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, Lex Edições Jurídicas, Lisboa, 1993, p. 546 e ss. e a "Evolução Jusicientífica e Direitos Reais", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 45, Abril, 1985, p. 97.

[33] MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, Ob. cit., p. 786 e a "Evolução Jusicientífica e Direitos Reais", *loc.cit.* p. 97.

[34] OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Reais*, ob, cit., *p.* 455-456.

GESTLEGAL

virtude do art. 1345.º, a coisa objeto da renúncia não se torna *res nullius,* passando a integrar automaticamente o domínio do Estado [35].

FRANCISCO PEREIRA COELHO, apesar de considerar que o art. 1345.º não pode fundar a admissibilidade da renúncia ao direito de propriedade sobre coisa imóveis, admite a sua renunciabilidade e recorda que, de acordo com a alínea *g)* do art. 1 do Código da Sisa e do Imposto sobre as Sucessões e Doações, atualmente, Código do Imposto do Selo, são consideradas transmissões gratuitas aquelas que tenham por objeto a renúncia de um dos direitos considerados nas alíneas anteriores, de entre os quais consta o direito real de propriedade sobre bens imóveis [36]

HENRIQUE DE SOUSA ANTUNES também admite a possibilidade de renúncia abdicativa do direito de propriedade afirmando que "da própria natureza da propriedade como direito subjectivo, da possibilidade de a transmitir, consagrada na Constituição, art. 62.º 1 e dos preceitos dispersos que admitem a renúncia de direitos reais, pode retirar-se a regra da renunciabilidade do domínio, mesmo quando referente a bens imóveis. O efeito prático desta ocorrência será a reversão automática para o Estado — artigo 1345.º". Por isso, considera que a renúncia abdicativa se manifesta congruente com a função social da propriedade reclamada pela lei. Acrescenta ainda este autor que a Lei de bases gerais da política pública dos solos, de ordenamento do território e de urbanismo (Lei n.º 31/2014, de 30 de Maio) veio acolher a possibilidade de renúncia, no art. 24.º, n.º 2, alínea *d)* [37].

Em sentido diverso, HENRIQUE MESQUITA, não obstante considerar que de *iure condendo* deve ser consagrada a faculdade de renunciar ao direito de propriedade, defende que actualmente ela inexiste, pois não se acomoda ao regime vigente no qual se encontram preceitos de onde claramente se infere que o legislador não admite a extinção do direito de propriedade sobre imóveis pela via da renúncia,

---

[35] PINTO DUARTE, Curso de Direitos Reais, Principia, Parede, 4. ed. rev. e act., p. 64.

[36] FRANCISCO PEREIRA COELHO, *A renúncia abdicativa no Direito Civil*, ob. cit, p.132.

[37] HENRIQUE DE SOUSA ANTUNES, *Direitos Reais*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, p. 229 e p. 145.

nomeadamente os artigos 1476.º, n.º 1, alínea *e)* e 1569.º, n.º 1, que não seriam necessários se a Lei admitisse a renúncia com caráter geral. Em suma, se este modo de extinção fosse aplicável à generalidade dos direitos reais de gozo, incluindo a propriedade, o legislador não teria sentido a necessidade de reiterar o princípio em relação ao usufruto e às servidões. "Ou então, se da mera reiteração de um princípio geral se tratasse, a renúncia deveria figurar igualmente entre os modos de extinção dos demais direitos reais limitados de gozo. Tal, porém, não acontece: a renúncia não se encontra mencionada relativamente ao direito de superfície (cfr. art. 1536.º) e o mesmo se verifica no tocante à extinta enfiteuse. Esta diferença de soluções só pode explicar-se através da consideração de que, sendo a enfiteuse (tanto o domínio útil como o domínio directo) e o direito de superfície, numa das suas modalidades, figuras de natureza dominial, ou algo que muito se assemelha ao domínio, o legislador não quis admitir para elas um meio de extinção que não admitiu em relação à propriedade plena sobre imóveis" [38]

Carvalho Fernandes, na esteira de Henrique Mesquita, também defende que de *iure condendo* "a admissibilidade da renúncia ao direito de propriedade sobre imóveis é, sem dúvida, a solução correta", mas que, de *iure condito,* "a restrição do abandono às coisas móveis constitui um argumento desfavorável à admissão da renúncia abdicativa do direito de propriedade" ao qual se somam razões ligadas à função social da propriedade, atentas as sanções que de o art. 88.º da Constituição estatui para o abandono dos meios de produção [39].

---

[38] Henrique Mesquita, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Ob. cit., nota 138, p. 376 e 377.

Saliente-se que no Código Civil italiano, onde a possibilidade de renúncia dos direitos reais é assumida como regra, precisamente por isso, não se encontra especialmente prevista como modo de extinção para os direitos de usufruto e das servidões.

[39] Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais,* 6.ª ed., reimp., Quid Juris, Lisboa, p. 263 e 264. Sublinhe-se, ainda, que, segundo este Autor, sendo admitida, de *iure condendo*, a renúncia abdicativa do direito de propriedade sobre imóveis, deve entender-se, como Oliveira Ascensão, que o art. 1345.º não prevê uma aquisição automática a favor do Estado, dos imóveis sem dono conhecido, consagrando apenas uma presunção ilidível de que tais imóveis pertencem ao Estado. No entanto, Carvalho Fernandes introduz uma restrição à construção de Oliveira

GESTLEGAL

Por fim, MENEZES LEITÃO defende que o direito de propriedade não se pode extinguir por renúncia, considerando a função social que é atribuída pela nossa ordem jurídica ao direito de propriedade, "não fazendo sentido a sua atribuição ao Estado". [40]

4.3. Posição adoptada

Feito este percurso, ainda antes de adoptarmos posição sobre a possiblidade de em Portugal o direito de propriedade se extinguir por renúncia abdicativa, necessitamos de analisar o art.1345.º do Código Civil português, para apurar se este preceito abre ou fecha a porta a tal possibilidade, porquanto o legislador nacional, não utilizou a expressão adoptada nos artigos homólogos existentes nos ordenamentos jurídicos francês, espanhol e italiano. A saber: "sains maître", "*que carecieren de dueño*" e "*che non sono in proprietà di alcuno*". Efectivamente, como referimos, repetidamente, o preceito em causa estatui: "As coisas imóveis *sem dono conhecido* consideram-se do património do Estado".

As expressões não são sinónimas, uma vez que se podemos, facilmente, integrar no "conjunto de *coisas sem dono*", quer as coisas nunca apropriadas quer as apropriadas que, mais tarde, ficaram vagas ou foram objecto de renúncia, já não podemos incluir no "conjunto de *coisas sem dono conhecido*" as coisas que inequivocamente não têm dono, designadamente, por terem sido objecto de renúncia, se admitida.

Tendo em conta que, em 1967, a generalidade dos imóveis sitos em território nacional já havia sido apropriada [41] terá o legislador nacional

---

ASCENSÃO, a saber: sendo admitida a renúncia abdicativa, não se pode afirmar que a Lei apenas prevê uma presunção ilidível quanto aos imóveis sem dono, pois o art. 1345 apenas se limita a legitimar os órgãos públicos a integrá-los no seu património. Uma vez que é inquestionável que ninguém é dono de tais imóveis, que deixaram de integrar o património de um cidadão através de negócio jurídico sujeito à forma de escritura pública e de documento particular autenticado, sujeito a depósito eletrónico, e que foi, obrigatoriamente, publicitado pelo Registo Predial (art. 2.º, n.º 1, alínea *c)*, do Cód.Reg.Pred.).

[40] MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, p. 249 (nota 509).

[41] CUNHA GONÇALVES escreve, sobre a questão, o seguinte: "Nos tempos primitivos, era possível a ocupação, tanto de imóveis, como de móveis. Hoje, a ocupação de imóveis seria ainda possível em alguma ilha deserta e não ocupada por qualquer governo; mas não no território português da Europa e das colónias. Na

pretendido, por um lado, deixar claro que os imóveis que nunca tenham sido apropriados pertencem ao Estado e, por outro lado, recusar a existência de imóveis sem dono, pois aqueles que foram, algum dia, apropriados, continuaram a ser objecto do mesmo direito de propriedade, tendo este sido transmitido *inter vivos* ou *mortis causa* (incluindo ao Estado), ou passaram a ser objecto de outro direito de propriedade, por o anterior se haver extinguido na sequência de uma aquisição originária (*v. g.* usucapião; expropriação)?

Ou, por outra via, ao usar a expressão *sem dono conhecido*, terá o legislador português pretendido limitar a aquisição *ope legis*, originária e automática, prevista no preceito em apreço — segundo o nosso entendimento —, aos imóveis nunca apropriados e, assim, excluir a possibilidade de renúncia abdicativa — e de abandono — da propriedade imobiliária?

Considerando a realidade sócio-económica e cultural existente antes da entrada em vigor do Código Civil, é nossa convicção que o legislador português, através do preceito legal em apreço, *não pretendeu assumir uma qualquer posição sobre a admissibilidade/inadmissibilidade da renúncia abdicativa do direito de propriedade imobiliária.*

Segundo o nosso entendimento, o legislador nacional, ao utilizar a expressão *sem dono conhecido*, visou, com precisão, retirar do âmbito de aplicação do art. 1345.º os bens integrados em heranças vagas [42]. Recordamos, a propósito, que o legislador francês considera *sem dono* os bens que fazem parte de uma sucessão aberta há mais de trinta anos e para a qual nenhum sucessor se tenha apresentado e os bens que não têm proprietário conhecido (e cujos respectivos impostos não tenham sido pagos ou tenham sido pagos por terceiros).

Europa, os terrenos não-apropriados são *baldios* municipais ou das juntas de freguesia; nas colónias, todos os terrenos incultos são do *domínio eminente* do Estado, e só por concessão ou aforamento podem ser adquiridos. Um imóvel apropriado, ainda que de facto seja abandonado pelo seu proprietário, não pode ser já *ocupado*, mas somente adquirido por posse e prescrição." (CUNHA GONÇALVES, *apud*, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. III, Ob. cit., p. 175).

[42] Como se sabe, em Portugal, uma herança vaga é adquirida, derivadamente, pelo Estado na qualidade de herdeiro legítimo, através do processo especial previsto nos arts. 938.º e ss. do Código de Processo Civil.

GESTLEGAL

Em síntese, o legislador nacional não foi além da posição assumida pelos legisladores francês, espanhol e italiano e, portanto, o nosso ordenamento jurídico faz parte do conjunto de ordenamentos jurídicos cujos legisladores não assumiram qualquer posição sobre a admissibilidade da renúncia como causa de extinção da propriedade imobiliária.

Resolvida esta questão prévia, cumpre, finalmente, assumir posição sobre a admissibilidade/inadmissibilidade da renúncia abdicativa do direito de propriedade imobiliária.

Consideramos que negar ao proprietário de um imóvel a faculdade de a ele renunciar é negar o própria concepção de propriedade como *plena in re potestas*. Aderimos, portanto, à posição da maioria da doutrina portuguesa e subscrevemos a generalidade dos seus argumentos, que nos escusamos de repetir. Segundo o nosso entendimento, *no ordenamento jurídico-português nada obsta à renúncia abdicativa da propriedade imobiliária* e, ocorrendo esta, a coisa imóvel não se torna *nullius e susceptível de ser objecto de ocupação*, passa, isso sim, a ser, momentaneamente, coisa *sem dono*, para logo integrar o domínio privado do Estado. Pois, como já se referiu, se, por força do art. 1345.º do Código Civil, as coisas imóveis *sem dono conhecido* integram o património privado do Estado, por maioria de razão, a mesma solução terá de valer para as coisas imóveis sem dono.

A aquisição originária por parte do Estado ocorre automaticamente e, claro está, não é um efeito da renúncia, ocorre *ope legis* [43].

Consequentemente, na nossa perspectiva, nunca é posta em causa a função social da propriedade.

O facto de o Código Civil prever a extinção de alguns direitos reais por renúncia [44] também não opera, na nossa óptica, em desfavor da

[43] Mas é inegável, que se a causa directa da aquisição por parte do Estado é a disposição legal, também é inquestionável que esta disposição legal só opera porque ocorreu a renúncia. Portanto, sempre se poderá dizer que a renúncia é o antecedente lógico e juridico da aquisição por parte do Estado.

[44] Quanto às coisas imóveis, a Lei prevê a *renúncia abdicativa* como forma de extinção dos direitos reais de *garantia* e dos direitos de *usufruto*, de uso e *habitação*, de habitação duradoura, das *servidões*, do direito real de habitação periódica.

Nos termos da al. *a)* do art. 730.º, "a hipoteca extingue-se pela renúncia do credor", que pode ser, segundo o n.º 1 do preceito seguinte, "expressa e escrita em

admissibilidade da renúncia abdicativa do direito de propriedade, porquanto, o legislador português optou por elencar as causas extintivas dos direitos reais menores, mas não elencou uma única causa de extinção do direito de propriedade e ninguém nega, nem pode negar, que elas existem (*v. g.* perda ou destruição total da coisa; usucapião; expropriação).

Igualmente, recusamos o argumento segundo o qual a renúncia não consta entre as causas extintivas do direito de superfície — no segundo momento da primeira modalidade e, sempre, na segunda modalidade — e da extinta enfiteuse, por estas serem figuras de natureza dominial, ou que muito se assemelham ao domínio e o legislador não ter querido, por isso, estabelecer para elas uma causa de extinção que repudiou em relação à propriedade imobiliária.

Tal argumento pretende demonstrar a inadmissibilidade da renúncia abdicativa da propriedade imobiliária, mas, para isso, pressupõe a mesma e, portanto, segundo o nosso entendimento, é um argumento circular, que padece de petição de princípio, pois as premissas não são

---

documento que contenha a assinatura do renunciante reconhecida presencialmente", *não carecendo da aceitação do devedor ou do autor da hipoteca para produzir os seus efeitos*." O privilégios creditórios imobiliários e o direito de retenção extinguem-se também — salvas as especificidades de cada uma destas garantias —, pelas mesmas causas por que se extingue o direito de hipoteca (cfr. arts. 677.º, 752.º e 761.º), devendo a renúncia ser reduzida a escritura pública ou a documento particular autenticado sujeito a depósito eletrónico (DPA), de acordo com a alínea *a)* do art. 22.º do Decreto-Lei n.º 116/2008. O direito de usufruto, segundo a al. *e)* do n.º 1 do art. 1476.º, extingue-se por renúncia, sendo que esta "não requer aceitação do proprietário" (n.º 2 da mesma norma), devendo ser reduzida a escritura pública ou a documento particular autenticado sujeito a depósito eletrónico (DPA), de acordo a alínea *a)* do art. 22.º do Decreto-Lei n.º 116/2008. Ao direito de uso e habitação aplicam-se igualmente estas regras por remissão do art. 1490.º, bem como ao direito de habitação duradoura, por força do art. 23.º do Decreto-Lei n.º 1/2020, de 09 de Janeiro. "As servidões prediais extinguem-se pela renúncia" (art. 1569.º, n.º 1, al. *d)*), reduzida a escritura pública ou a documento particular autenticado sujeito a depósito eletrónico (DPA), de acordo com a alínea *a)* do art. 22.º do Decreto-Lei n.º 116/2008, devendo ser reduzida a escritura pública ou a documento particular autenticado, (sem que se requeira "aceitação do proprietário do prédio serviente". Por fim, quanto ao direito real de habitação periódica, o art. 42.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 275/99, de 5 de Agosto, admite expressamente a sua renúncia mediante declaração feita no respetivo certificado predial.

Saliente-se ainda que a doutrina também vem admitindo, sem querelas, a renúncia abdicativa do direito de superfície, na primeira modalidade, antes de realizado o implante.

GESTLEGAL

mais plausíveis que a conclusão e não constituem, portanto, razões para aceitá-la.

Sem prescindir, sempre se acrescentará que consideramos, sempre, admissível a renúncia abdicativa ao direito de superfície e, no quadro normativo da extinta enfiteuse, também não encontramos qualquer óbice em reconhecê-la como causa extintiva do domínio directo.

Vejamos quais as razões.

Como se sabe o direito de superfície, na primeira modalidade, traduz-se no poder de fazer obra/plantar em prédio alheio e, depois, manter a obra/plantação já existente em prédio alheio.

Por seu turno, o direito de superfície na segunda modalidade traduz-se no poder de manter obra/plantação já existente, em prédio alheio, que envolve o desmembramento do objecto inicial do domínio.

Na primeira modalidade, o objecto do direito de superfície tem de ser determinado tendo em conta os seus dois momentos. A saber: num primeiro momento, o direito de superfície limita-se ao direito real de gozo de construir ou plantar sobre parte ou parcela do solo alheio, necessária à dita construção ou plantação. Já no segundo momento — que pode ou não verificar-se, consoante a obra ou plantação seja ou não feita — o objecto do direito de superfície é o solo, sobre o qual há o direito real de gozo de manter a obra ou plantação e, ainda, a obra ou plantação que é objecto de propriedade superficiária.

No que diz respeito ao direito de superfície na segunda modalidade — a de manter obra ou árvores já existentes, em prédio alheio —, o objecto do direito de superfície é, sempre, o solo, sobre o qual há o direito real de gozo de manter a obra ou plantação e, ainda, a obra ou plantação que é objecto de propriedade superficiária.

Assim sendo, mesmo qualificando o direito do superficiário sobre a obra ou plantação como próximo do direito de propriedade, não podemos deixar de reconhecer que o direito de superfície, como um todo, assume a natureza de um direito real de gozo menor *a se*. O direito do superficiário sobre a obra ou plantação não existe sem o direito real menor — que o suporta, material e juridicamente — e que tem por objecto o solo. E, isto, seja qual for a modalidade de direito de superfície que esteja em causa: isto é, trate-se do direito de plantar ou construir sobre prédio alheio, trate-se do direito de manter a plantação ou a obra sobre prédio alheio.

Portanto, a extinção do direito de superfície por renúncia não faz surgir uma *coisa sem dono,* a ser integrada no património privado do Estado. Na verdade, à semelhança do que se passa com os restantes direitos reais menores de gozo — que comprimem o direito de propriedade —, a renúncia do direito de superfície conduz a que funcione a força centrípeta da propriedade e, consequentemente, a que o direito de propriedade do fundeiro se expanda, de acordo com a característica da elasticidade [45].

Quanto ao domínio directo, existente, na enfiteuse, no nosso entendimento, valem todos os argumentos esgrimidos em defesa da admissibilidade da renúncia abdicativa do direito de propriedade imobiliária, bem como o afirmado sobre as consequências da ocorrência de tal renúncia [46].

---

[45] Aliás, esta é a solução que se encontra tanto no art. 1538.º, para a extinção do direito de superfície pelo decurso do prazo ("sendo o direito de superfície constituído por certo termo, o proprietário do solo, logo que expire o prazo, adquire a propriedade da obra ou das árvores", sem prejuízo de, "salvo estipulação em contrário, o superficiário [ter], nesse caso, direito a uma indemnização, calculada segundo as regras do enriquecimento sem causa"); como no art. 1541.º, para a extinção do direito de superfície perpétuo (por exemplo, pela reunião, na mesma pessoa, da propriedade com a superfície — art. 1536.º, n.º 1, al. *d)*) ou temporário antes do decurso do prazo (ainda que os direitos reais constituídos sobre a superfície ou sobre o solo continuem a onerar separadamente as duas parcelas, como se não tivesse havido extinção; sendo certo, porém, que se aplicará o disposto no art. 1538.º assim que o prazo decorra).

Em sentido contrário pronunciam-se PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado, vol.* III, nota 10 ao art. 1536.º, onde se pode ler: "Não se incluiu intencionalmente a renúncia entre as causas extintivas da superfície. Abrangendo a situação jurídica do superficiário também a propriedade sobre a obra ou a plantação (e sendo este o objetivo a que tende o direito de construir ou de plantar), não se justifica a admissibilidade de um modo de extinção que é próprio dos direitos sobre coisa alheia (cfr. o art. 1476.º, n.º 1, alínea *e)*, quanto ao usufruto, por contraste com o art. 1513.º, quanto à enfiteuse). Na mesma linha, pronuncia-se HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações Reais*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 377.

[46] Também denominada *aforamento* ou *emprazamento*, a enfiteuse, na concepção adotada pelo legislador de 1966, caracterizava-se pelo desmembramento do direito de propriedade em dois domínios, denominados *directo* e *útil* (art. 1491.º do Código Civil). O titular do domínio directo era denominado como *senhorio*; o titular do domínio útil, como *foreiro* ou *enfiteuta* (n.º 3 do art. 1492.º).

O prédio sujeito ao regime enfitêutico podia ser rústico ou urbano e tinha o nome de *prazo* (n.º 2 do art. 1491.º).

Ademais, o Código Civil de 1967, no artigo 1492.º, estabelecia o carácter perpétuo da enfiteuse, embora previsse o direito de remição forçada do foro.

GESTLEGAL

4.4. Observações finais

A renúncia abdicativa da propriedade imobiliária, no ordenamento jurídico-português, deve ser reduzida a escritura pública ou a documento particular autenticado sujeito a depósito eletrónico (DPA), de acordo a alínea *a)* do art. 22.º do Decreto-Lei n.º 116/2008.

Acresce que está sujeita a registo (cfr. o art. 2. .º do Cód.Reg.Pred.), mas o assento registal da renúncia não visa consolidar a oponibilidade *erga omnes* da situação jurídico-real pré-existente, perante os terceiros do art. 5.º do Cód.Reg.Pred., uma vez que tal finalidade é ontologicamente incompatível com o acto de renúncia abdicativa [47]. Assume, isso sim, uma função meramente enunciativa, dado que se limita a dar notícia ou a gerar cognoscibilidade, sem que a sua falta ou feitura tenha repercussão sobre a eficácia do facto registável e do direito susceptível de ser publicitado. Não obstante, o registo em causa é obrigatório, de acordo com o art. 8.º-A do Cód.Reg.Pred.

Questão interessante é a de saber como deve ser efectuado tal registo, de modo a espelhar a realidade substantiva.

Como se referiu, verificando-se a renúncia, ocorre a extinção objectiva do direito de propriedade e a coisa fica, momentaneamente, *sem dono*. Apenas de seguida, logicamente, se verifica a aquisição originária por parte do Estado e esta aquisição, claro está, não é um efeito da renúncia, ocorre *ope legis*. [48]

O principal traço caracterizador da relação entre o senhorio e o foreiro era a obrigação, que impendia sobre o foreiro, de pagar anualmente ao senhorio o foro (alínea *a)* do art. 1499.º).

[47] Como se sabe, em Portugal o assento registal assume, em geral, uma função consolidativa, ou seja, visa consolidar a oponibilidade *erga omnes* perante certos e determinados terceiros — os do art. 5.º do Cód.Reg.Pred.

Assim, se *A* vendeu um prédio a *B* que não obteve o registo da aquisição, a posição jurídica de *B* é precária, não obstante ter adquirido por mero efeito o contrato o direito real. Isto porque, se *A* vender, de seguida, o prédio a *C* e obtiver o registo a seu favor, a posição deste prevalece, embora tenha adquirido *a non domino*. O risco corrido por *B* é afastado se registar a sua aquisição antes de *C*; por isso, em relação a *B* diz-se que o registo consolida a eficácia *erga omnes* do seu direito perante terceiros para efeitos do registo.

[48] Pois, repisamos, se, por força do art. 1345.º do Código Civil, as coisas imóveis *sem dono conhecido* integram o património privado do Estado, por maioria de razão, a mesma solução terá de valer para as coisas imóveis sem dono.

Porque assim é, poder-se-ia pensar que, verificando-se a renúncia abdicativa da propriedade imobiliária, o assento registal apenas deveria publicitar a extinção do direito de propriedade, através do cancelamento da inscrição de aquisição do renunciante.

Porém, a verdade é que a renúncia não gera a mera extinção subjectiva do direito de propriedade, também gera a sua extinção objectiva, ou, por outra via, em virtude da renúncia não deixa apenas o seu autor de ser o titular do direito de propriedade, deixa também de existir aquele direito de propriedade e, não obstante, a coisa não se torna *res nullius*, fica apenas, momentaneamente *sem dono*. Ora, o cancelamento da inscrição do renunciante não é apto a revelar tal realidade [49].

Acresce que, um assento de cancelamento registal, seguido de uma eventual e futura inscrição a favor do Estado [50], também não espelha toda a realidade. De facto, sendo certo que a renúncia é o antecedente lógico e jurídico da aquisição por parte do Estado, também é inequívoco que entre o momento da renúncia e a aquisição do Estado inexiste hiato temporal, pois a aquisição deste é automática.

Porque assim é, e considerando nós que o Registo Predial apenas têm utilidade quando espelha a realidade substantiva, entendemos que, ocorrendo a renúncia da propriedade imobiliária, o assento registal a ser lavrado será o de aquisição a favor do Estado, apresentando-se como causa: a aquisição originária, em virtude de renúncia abdicativa,

---

[49] Na verdade, existindo inscrição da propriedade anterior, o cancelamento dará origem à sua repristinação, passando o registo a publicitar, enganosamente, que o proprietário do bem é aquele que o foi antes do renunciante. Já na hipótese de inexistir inscrição anterior, a descrição do imóvel deixa de ter inscrições em vigor, devendo, por isso, ser inutilizada (cfr. al. *g)* do n.º 2 do art. 87.º do Cód.Reg.Pred.), deixando, assim, indevidamente, o prédio de constar do Registo.

Sublinhe-se por fim, que nesta última hipótese — de inexistência de inscrição anterior —, estando em causa um prédio rústico ou misto, o facto de este deixar de constar do Registo pode conduzir a que se presuma *sem dono*, nos termos do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 15/2019, de 21 de Janeiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 149/2019, de 9 de Outubro, sendo por isso objecto do procedimento de identificação e reconhecimento da situação dos prédios rústicos ou mistos sem dono conhecido quando é certo que não é um imóvel *sem dono conhecido*, mas sim, inquestionavelmente, um imóvel *momentaneamente sem dono*.

[50] Que não pode ser lavrada oficiosamente, em virtude de falta de previsão legal (cfr. art. 41.º do Cód.Reg.Pred.).

GESTLEGAL

assim se iniciando uma nova linha de trato sucessivo, reportada ao novo direito de propriedade, e se extinguindo, a um só tempo, a linha de trato sucessivo anterior, relativa ao direito de que se abdicou.

A propósito da admissibilidade da renúncia à propriedade imobiliária, tendo em conta a experiência italiana, cumpre ainda sublinhar que deve ser exercida com respeito à proibição do abuso de direito e não pode ser contrária à ordem pública e aos bons costumes, sob pena de nulidade.

Assim, a título de mero exemplo, pode ser considerada nula e sem efeito, porque em violação da proibição de abuso de direito, a renúncia feita com o objectivo (utilitário e egoísta) de transferir para o Estado — e, portanto, para toda a comunidade — os custos necessários para fazer face aos trabalhos de consolidação ou de demolição de um edifício que durante anos a fio não foi objecto de obras de manutenção ou conservação, e conduzindo o Estado a assumir a responsabilidade pelos danos que possam ocorrer no futuro a bens e/ou pessoas em caso de colapso e/ou ruína de tal edifício.

Do mesmo modo, será ilícita a renúncia de terrenos contaminados pelo próprio renunciante.

Pelo contrário, na nossa perspectiva, a renúncia abdicativa da propriedade será lícita quando em causa esteja um imóvel de baixo valor patrimonial, em virtude de se localizar em uma zona remota e de difícil acesso. Também será lícita a renúncia à propriedade de um imóvel improdutivo e, na prática, insusceptível de ser alienado (por exemplo, um terreno não cultivado ou arborizado situado em encostas rochosas e íngremes de montanha).

Terminamos recordando as palavras de ANGELO BUSANI: "Noutros tempos, quando os impostos locais tinham menos impacto e o melhor nível de vida não exigia tais considerações, o problema dos bens imóveis incómodos não se colocava. Hoje, ao invés, ter de lidar com propriedades inúteis, que geram custos e problemas, incita-nos a abrir mão delas." [51].

[51] ANGELO BUSANI, "L'addio all'immobile inutile non piace allo Stato", *Il Sole 24 Ore*, disponível in: file:///Users/monicajardim/Downloads/Sole%202018.03.26d%20(articolo%20edit.).pdf).

BIBLIOGRAFIA

ANTUNES, HENRIQUE DE SOUSA, *Direitos Reais*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Direito Civil, Reais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000 (reimpressão)

ATZERI, VACCA FRANCESCO, *Delle Rinunzie Secondo il Codice Civile Italiano*, UTET, Turim, 1910

AVOCATURA GENERALE DELLO STATO, Parecer n.º 37243/2017 disponível in: http://www.gaetanopetrelli.it/catalog/documenti/00000720/Nota%20Avvocatura%20dello%20Stato%2014.3.2018%20n.%20137950%20-%20Rinuncia%20alla%20proprieta.pdf; Parecer n.º 137950 de 14 de Março de 2018 disponível in: https://italiaius.it/wp-content/uploads/2020/02/Rinuncia-abdicativa.pdf.

BELLINVIA, MARCO, *La Rinunzia Alla Proprietà ed ai Diritti di Godimento*, Consigiglio Nazionale del Notariato, Estudo n. 216-2014/C (disponível in: https://www.notariato.it/sites/default/files/216-14-c.pdf)

BETTI, EMILIO, *Teoria Generale del Negozio Giuridico, Trattato Vassalli*, XV, t. 2, Turim, 1960

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, "Bienes abandonados y patrimonio del Estado", *Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 4/2000 (Tribuna)

BOILEUX, JACQUES MARIE, *Commentaire sur le Code Napoleon*, III, Paris, 1938

BONA, CARLO, L'Abbandono Mero Degli Immobili, p. 47 e ss., disponível in: https://iris.unitn.it/retrieve/handle/11572/169543/123034/COLLANA%20DELLA%20FACOLTA%20VOLUME%2012.pdf

BOZZI, LUCIA, *La Negozialità degli Atti di Rinuncia*, Milão, Giuffrè Editore, 2008

BUSANI, ANGELO, "L'addio all'immobile inutile non piace allo Stato", *Il Sole 24 Ore*, disponível in: file:///Users/monicajardim/Downloads/Sole%202018.03.26d%20(articolo%20edit.).pdf).

CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, "La renuncia a los derechos", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales,* tomo I, vol. 1.º, Editorial Edersa

CARBONNIER, JEAN, *Droit Civil* II, Presses universitaires de France, Paris, 1957

COELHO, FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA, *A Renúncia Abdicativa no Direito Civil,* Coimbra, Coimbra Editora, 1995

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES *Direitos Reais*, Lex Edições Jurídicas, Lisboa, 1993

——, "Evolução Juscientífica e os Direitos Reais", *Revista da Ordem dos Advogados,* Ano 45, Abril, 1985

COVIELLO, NICOLA, *Della Trascrizione*, vol. I e II, 2. ed., UTET, Napoli, 1924

DE MAURO, ANTONIO, *La Rinuncia alla Proprietà Immobiliare*, Napoles, 2018

DEL POZO SIERRA, BELÉN, *La Compatibilidad Jurídica entre el Derecho del Estado en la Sucesión Intestada y como Titular de Bienes Vacantes,* Dykinson, Madrid, 2013

DENGLER, ANDREAS, *Dereliktion und Okkupation von Liegenschaften*, Fundstelle, Wien, 1983

DUARTE, RUI PINTO, *Curso de Direitos Reais,* 2.ª ed. rev. e aum., Estoril, Principia, 2007

EHRENZWEIG, ARNIM, *System des Osterreichischen Privatrechts*, Manz, Wien, 1923

ENNECERUS/KIPP/WOLFF, *Tratado de Derecho Civil,* T. III, *Derecho de Cosas*, vol. I, 32. Aufl., tradução espanhola do original alemão por Blas Péres González e José Alguer, BOSCH, Barcelona, 1944

FERNANDES, LUÍS CARVALHO, *Lições de Direitos Reais*, 6.ª ed., reimp., Quid Juris, Lisboa, 2010

FERRI, LUIGI/D'ORAZI-FLAVONI, MARIO/ZANELLI, PIETRO, *Trascrizione*, *Comentario del Codice Civile Scialoja e Branca*, a cura di F. Galgano, Libro sesto, *Tutela dei Diritti art. 2643-2696*, 3.ª ed., Zanichelli-Soc., Bologna-Roma, 1995

GARCÍA CANTERO, GABRIEL, "La Aquisicion de Inmuebles vacantes por El Estado", Revista de Administración Pública, n.º 47,1965, Págs. 9-78

GAMBARO, ANTONIO, *Il Diritto di Proprietà*, Giuffrè, Milano, 1995

GARCÍA CANTERO, GABRIEL, "La adquisición de inmuebles vacantes por el Estado" en *Revista de Administración Pública*, N. 47, 1965, p. 9-132

GAZZONI, FRANCESCO, *La Trascrizione Immobiliare,* T. I, *Artt. 2643-2645-bis*, Giuffrè, Milano, 1998

——,*La Trascrizione Immobiliare,* T. II, *Artt. 2646-2651*, Giuffrè, Milano,1993

——,*Manuale di Diritto Privato*, XII ed., E.S.I., Napoli, 2006

JARDIM, MÓNICA, *Efeitos Substantivos do Registo Predial — Terceiros para Efeitos de Registo*, Almedina, Coimbra, 2013

——, "Os Sistemas Registais e a Sua Diversidade", *Revista Argumentum — Argumentum Journal of Law*, vol. 21, n.º 1, 2020, Jan.-Abril, p. 437-463

JUSTO, ANTÓNIO DOS SANTOS, *Direitos Reais*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011

KLICKA, THOMAS, "§387", *Schwimann ABGB Praxiskommentar*, vol 2, Lexisnexis, Wien,2012

LATORRE, PEDRO ROBLES, "La Renuncia al Derecho de Propiedad", *Derecho Privado y Constitución*, n.º 27, 2013, p. 49-75

LATOUR BROTONS, JUAN, "Capacidad para ocupar y abandonar", *Anales de la Universidad de Murcia*, vol. XV, no. os 3 y 4,1957

LIMA, PIRES DE/VARELA, ANTUNES, *Código Civil Anotado*, vol. III, 2.ª ed. rev. e act., Coimbra Editora, Coimbra, 1987

LUELMO, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, "La adquisición de inmuebles vacantes por el Estado en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las administraciones públicas", Dialnet, 2006, p. 179-230

MACIOCE, FRANCESCO, "Rinuncia", *Enciclopedia di Diritto*, XL, 1989, Milão

MARTY, GABRIEL/RAYNAUD, PIERRE/JOUR — DAIN, PATRICE, *Les Biens,* Sirey, Paris, 1995

MAZEAUD, HENRI/MAZEAUD, JEAN/CHABAS, FRANÇOIS, *Leçons de Droit Civil*, II/2 (ao cuidado de Juglart), Dalloz, Paris, 1996

MEGLIO, FRANCESCO, "Note um tema di rinuncia alla proprietà, tra categorie dogmatiche e istanze pratiche" (disponível in: http://www.juscivile.it/contributi/2019/6_2019/03_Meglio.pdf)

MENEZES LEITÃO, LUIS MANUEL TELES DE, *Direitos Reais,* 3ª ed., Almedina, Coimbra

MESQUITA, MANUEL HENRIQUE, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Almedina, Coimbra, 1990

OFNER, JULIUS, *Der Urentwurf und die Beratungsprotokolle des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches*, vol. I, 1889, Auvermann, Glashütten im Taunus

PLANIOL,MARCEL/ RIPERT, GEORGES/ BOULANGER, JEAN, *Traité Élementaire de Droit Civil*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950-51

SANTORO-PASSARELLI, FRANCESCO, *Dottrine Generali del Diritto Civile*, Nápoles, 2002, p. 218

SICCHIERO, GIANLUCA, "Rinuncia", *Digesto delle Discipline Privatistiche*, XVII, Turim, 1998

SPIELBÜCHLER, HINWEIS, "§387", *Rummel ABGB Kommentar*, Wien,2016.

GESTLEGAL

LUZES DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM SOBRE O PROBLEMA DO TRATAMENTO REGISTRAL DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO [*] [**]

RAFAEL VALE E REIS

SUMÁRIO: 1. O PROBLEMA. 2. A SENTENCIA N.º 835/2013, DE 6 DE FEVEREIRO DE 2014, DO SUPREMO TRIBUNAL ESPANHOL. 3. A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM SOBRE ATITUDES DOS ESTADOS CONTRÁRIAS À ACEITAÇÃO DA FIGURA: TEORIA DO RECONHECIMENTO EX POST FACTO EM DEFESA DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA: 3.1. CASOS ENVOLVENDO O ESTADO FRANCÊS: 3.2. O CASO PARADISO AND CAMPANELLI..NA ITÁLIA: 3.3. ADVISORY OPINION DE 10 DE ABRIL DE 2019. 4. CONCLUSÃO.

1. O PROBLEMA

A assunção de diferentes atitudes dos Estados (seja no plano legislativo, seja quanto ao enquadramento registral) em torno da *gestação de substituição*, e a circunstância de, muitas vezes em verdadeiro *turismo reprodutivo*, os beneficiários recorrerem à figura além-fronteiras, têm criado problemas que já determinaram a intervenção do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem [1] [2].

---

[*] Homenagear Sérgio Jacomino é prestar tributo a uma personalidade que se revelou essencial e marcante nas relações entre o Centro de Estudos Notariais e Registais e a ciência jurídica e a prática registral brasileiras. Pouco tempo volvido da criação do Centro, Sérgio Jacomino passou a ser figura proeminente nos vários eventos, cursos ou encontros que foram sendo organizados, tanto em Portugal, quanto no Brasil. A sua cultura jurídica inspirou todos os que foram estabelecendo contactos com esse universo de intercâmbio luso-brasileiro, sobretudo em matéria de direito notarial e registral. Associo-me, assim, a esta merecida homenagem a quem cedo passei a considerar um Mestre, e que, em feliz momento, me concedeu o privilégio de poder chamar, também. um grande Amigo.

[**] Sigo de muito perto, ao longo de todo o texto, o que escrevi em Reis, Rafael Vale e, Pessoa e Domínio na Procriação Medicamente Assistida (tese de doutoramento), Universidade de Coimbra, 2021, pp. 218 a 234.

[1] Cfr. ANDORNO, Roberto, "Acordos Transfronteiriços em Matéria de Maternidade de Substituição e o Melhor Interesse da Criança", *in* Neto, Luísa/ Pedro, Rute

GESTLEGAL

Antes, porém, de analisar a solução que o TEDH ofereceu a casos que envolveram o Estado francês e o Estado italiano, importa, pela sua relevância no que respeita ao tratamento registral da questão, considerar a posição adoptada pela jurisprudência espanhola.

2. A *SENTENCIA* N.º 835/2013, DE 6 DE FEVEREIRO DE 2014, DO SUPREMO TRIBUNAL ESPANHOL

O Supremo Tribunal espanhol, na *Sentencia n.º 835/2013*, de 6 de Fevereiro de 2014, confirmou a recusa do reconhecimento da filiação (reconhecimento esse efectuado pelas autoridades dos EUA), num caso de recurso à *gestação de substituição* por casal homossexual, com a utilização de esperma de um dos membros do casal, cidadão espanhol, e ovócito de dadora [3].

Neste caso, os dois homens espanhóis solicitaram, em 2005, aos serviços consulares de Los Angeles, no Estado norte-americano da Califórnia, o registo de nascimento de dois filhos, nascidos naquele Estado, em 24 de Outubro de 2008, na sequência de um procedimento de *gestação de substituição*. As crianças foram registadas no registo civil da Califórnia como filhos dos requerentes e foi emitido o certificado respectivo.

Teixeira (Org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Atas do Seminário Internacional, Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 131-133, e CHABY, Estrela, "Direito de constituir família, filiação e adopção: notas à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem", *in Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, Coimbra, Almedina, 2016, II v., pp. 351-352.

[2] Analisando os casos, com a perspectiva do direito espanhol, v. BALMASEDA, Oscar Monje, "La problemática de la inscripción de la filiación en supuestos de gestación subrogada: las instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019 y la posición de los órganos jurisdiccionales y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *in Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 262-265.

[3] ALONSO, Marcelo Palacios, "Gestación de sustitución (1984-2019)", *in Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, p. 18.

Entendeu o Supremo Tribunal que o documento estrangeiro que certificava a filiação das crianças a favor dos beneficiários violava a *ordem pública internacional espanhola* [4], e não poderia funcionar como um título adequado para registar tal filiação no registo civil espanhol.

Esta solução, porém, é contestada doutrinalmente.

Alfonso-Luis Caravaca e Javier González apontam-lhe as seguintes falhas essenciais [5]: *a)* o Supremo Tribunal não apreciou a existência de violação da *ordem pública internacional espanhola* no *caso concreto*, e para que a ordem pública internacional espanhola possa intervir, é absolutamente necessário descer à arena dos factos concretos; b) o *superior interesse da criança* está consagrado no Direito espanhol, pelo que são as leis espanholas as que devem ser ajustadas, na sua formulação escrita e na sua aplicação prática, ao referido princípio, que se constitui, ele próprio, conformador da *ordem pública internacional espanhola*; c) a recusa de atribuição de efeitos jurídicos aos documentos de registo estrangeiros provoca prejuízos aos menores em causa.

Noelia Igareda González, considera, porém, que a decisão do Supremo Tribunal Espanhol foi acertada, por entender não dever legalizar-se, por via jurisprudencial, algo que compete ao legislador determinar se é, ou não, aceitável no plano legal [6].

Este argumento é interessante e merece comentários.

Noelia Igareda González considera a questão da admissibilidade da *gestação de substituição* uma tarefa do legislador, e defende

---

[4] Martínez, Arantzazu Vicandi, "El futuro de la maternidad subrogada en España entre el fraude de ley versus orden público internacional", *in Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 315-316.

[5] Caravaca, Alfonso-Luis Calvo/González, Javier Carrascosa, "Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (247/2014)", *in Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, coord. por Mariano Yzquierdo Tolsada, Vol. 6, 2016, pp. 403-405.

[6] Igareda González, Noelia, "La gestación por sustitución necesita um cambio legislativo en España: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo español n.º 835/2013 sobre la gestación por sustitución", *in Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 40, 2014, pp. 173-174.

que a mesma deve ser precedida de ampla discussão social, desde logo, para que se façam opções como as relativas ao espectro de possíveis beneficiários (como por exemplo, os casais homossexuais masculinos que, tal como sucedeu no caso em análise pelo Supremo Tribunal Espanhol, tiveram de recorrer *ao turismo reprodutivo*).

Tem razão, neste ponto, mas não podemos, porém, acompanhar a Ilustre Autora no desenvolvimento que lhe confere. Ao aceitar a decisão judicial, por entender ser a única possível em face da legislação espanhola e da proibição da *gestação de substituição* aí vigente, reconhece que a *Sentencia* é injusta por deixar as crianças num *limbo jurídico* [7].

Esta afirmação merece-nos dois reparos.

Desde logo, os problemas do reconhecimento *ex post facto* das situações de *gestação de substituição*, como veremos melhor *infra*, não se reconduzem à imposição da alteração, por via jurisprudencial, do Direito vigente, designadamente, no sentido da indução da admissibilidade da figura [8]/ [9].

Quando se defende esta teoria não se está a propalar a adopção *da gestação de substituição* como solução reprodutiva, qualquer que seja a sua modalidade. O acolhimento judiciário do reconhecimento *ex post facto* não pretende a imposição, ao Estado visado, de uma axiologia diferente daquela que a sua legislação revela e que que conduza à admissibilidade, ainda que por via de um qualquer apelo ao *precedente*, da *gestação de substituição*.

---

[7] IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia, "La gestación (...)", *Ob. cit.*, p. 174.

[8] Nesse sentido, v. VEGA, Pablo Fernández de la, "La gestación subrogada y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *in Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 376.

[9] Posição contrária tem MARIE-XAVIÈRE CATTO, que defende que o reconhecimento *ex post facto* neutraliza os efeitos da proibição prejudicando interesses que esta protege. A Autora, reconhecendo que existe um conflito entre o interesse da criança em ver estabelecida a parentalidade a favor dos beneficiários e o interesse, protegido através da proibição da *gestação de substituição*, de impedir a exploração das mulheres no exterior, critica o facto de o argumento da *protecção de género* andar arredado das decisões judiciais nesta matéria (CATTO, Marie-Xavière, "La gestation pour autrui: d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts?", *in La Revue des droits de l'homme* [online], 3, 2013, pp. 31-32.

O que está em causa é, num quadro de *divergência transfronteiriça*, tendo o casal beneficiário utilizado um procedimento perfeitamente legal no estrangeiro, encontrar a melhor solução na perspectiva da criança gerada com recurso à *gestação de substituição* [10], o que normalmente corresponde ao reconhecimento do estabelecimento dos vínculos relativamente ao casal beneficiário e a confirmação da permanência da criança nesse quadro familiar.

Dir-se-á que, desta forma, se estarão a contornar as proibições legais, conseguindo-se um resultado desejado, mas proibido, e em clara infracção legal.

Porém, convém ter presente que a circunstância de o procedimento ter ocorrido além-fronteiras em total cumprimento pela Lei não pode deixar de contribuir como atenuante para esse desvalor. Na verdade, os beneficiários utilizaram um sistema de apoio médico à procriação regular e regulamentado, beneficiando do devido controlo do poder público, e no contexto de sociedades e sistemas considerados democráticos.

Mesmo que o tenham feito em *turismo reprodutivo*, o juízo não muda radicalmente, pois a *liberdade individual* é um valor defendido pelos sistemas de Direito que assentam na *dignidade da pessoa.*

Por outro lado, não podemos acompanhar a Autora por outro motivo.

Ainda que a questão se reconduzisse a um estrito problema de aplicação da lei, ou seja, ainda que o que estivesse essencialmente em causa fosse evitar defraudar a Lei vigente no ordenamento em questão, então, considerando o Tribunal que a aplicação da Lei conduziria à obtenção de um resultado iníquo, caber-lhe-ia apelar aos princípios do sistema, mais do que à regra legal oferecida, por forma a encontrar uma *decisão justa* para o caso.

Nesse cenário, o resultado só poderia ser, mais uma vez, o reconhecimento da *gestação de substituição* ocorrida no estrangeiro.

---

[10] Nesse sentido, Ana Ortiz refere que, aceitando-se ou não a *gestação substituição*, certo é que as crianças devem ser protegidas pelo ordenamento jurídico (Ortiz, Ana Isabel Herrán, "Aproximación ética y jurídica a la gestación subrogada a vueltas con el conflicto entre derechos y deseos", *in Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 300).

Como fizeram notar ALFONSO-LUIS CARAVACA e JAVIER GONZÁLEZ, o direito espanhol consagra tanto a proibição da *gestação de substituição* quanto o princípio fundamental da protecção do *superior interesse da criança*.

A proibição da *gestação de substituição* em Espanha não sairia, em geral e abstracto, beliscada se o Tribunal reconhecesse o estabelecimento da paternidade relativamente ao casal beneficiário. Saiu, porém, fortemente afectado o *superior interesse da criança*, com a implacável decisão judicial que aplicou aquela proibição, e dela retirou todas as consequências (incluindo o não reconhecimento desses vínculos) no caso concreto.

Já depois da *Sentencia n.º 835/2013*, de 6 de Fevereiro de 2014, o Tribunal Supremo proferiu um Auto, a 2 de Fevereiro de 2015 [11], confirmando que "*la denegación de la inscripción en España de la filiación de los menores nacidos en virtud de un contrato de gestaciónpor sustitución respecto de los comitentes no vulnera el derecho a la vida privada de los menores*", afirmando, ainda, que a proibição de discriminação fundada na filiação não exige que o ordenamento jurídico espanhol deva reconhecer a filiação a favor dos beneficiários decorrente do contrato de *gestação substituição* [12] [13].

Mais recentemente, a *Dirección General de los Registros y del Notariado*, proferiu, num curto espaço de tempo (de quatro dias), duas instruções contraditórias [14].

Na *Instrucción de 14 de febrero de 2019* [15] [16], facilitava-se, mediante certos pressupostos, o estabelecimento da paternidade a favor do elemento masculino do casal beneficiário, abrindo-se a porta a um procedimento de

---

[11] Disponível em www.poderjudicial.es.

[12] NOCI, Rafael Linares, "El contrato de gestar para outro: Aspectos legales. La posición crítica de los tribunales españoles", *in Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 210.

[13] BALMASEDA, Oscar Monje, "La problemática (...)", Ob. cit., pp. 257-262.

[14] O episódio "insólito" no contexto da DRGN espanhola, não deixa de ser revelador da complexidade da determinação de procedimentos nesta matéria (ANDREU MARTÍNEZ, Maria Belén, "Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019", *in Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 10 bis, 2019, p. 66).

[15] Disponível em www.boe.es.

[16] MARTÍNEZ, Arantzazu Vicandi, "El futuro (...)", *Ob. cit.*, pp. 313-314.

adopção subsequente [17] por parte da mãe beneficiária. Porém, a *Instrucción de 18 de febrero de 2019* [18] [19] [20], revogou-a, passando a vigorar, novamente, as regras, mais restritivas, da *Instrucción de 5 de octubre de 2010* [21], que apenas admitem o estabelecimento da filiação a favor da beneficiária quando a mesma conste de sentença judicial, ficando, nos outros casos, mais dificultado o recurso ao posterior processo de adopção, restando, para os beneficiários, o exercício, uma vez decorridos os prazos legalmente previstos, à *"acção de filiação por constante posse de estado"* [22].

3. A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM SOBRE ATITUDES DOS ESTADOS CONTRÁRIAS À ACEITAÇÃO DA FIGURA: TEORIA DO RECONHECIMENTO *EX POST FACTO* EM DEFESA DO *SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA*

3.1. Casos envolvendo o Estado francês

Cabe aqui fazer referência aos Acórdãos tirados nos casos *Mennesson v. France* [23] e *Labassee v. France* [24], que, não sendo os únicos sobre o tema, são particularmente demonstrativos da posição adoptada pelo Tribunal [25] [26].

---

[17] BALMASEDA, Oscar Monje, "La problemática (...)", *Ob. cit.*, p. 255.

[18] Disponível em www.boe.es.

[19] De acordo com esta última instrução, a *gestação de substituição* constitui um fenómeno em que se produz uma grave violação dos direitos dos menores e das gestantes (BALMASEDA, Oscar Monje, "La problemática (...)", Ob. cit., pp. 254-257).

[20] Em face do quadro jurídico espanhol, e dos problemas que cria, sobretudo quanto à tutela dos interesses da criança gerada com o procedimento, são frequentes os apelos à regulamentação da *gestação de substituição* (ORTIZ, Ana Isabel Herrán, "Aproximación ética y jurídica (...)", *Ob. cit.*, pp. 290-298.

[21] Disponível em www.boe.es.

[22] MARTÍNEZ, Arantzazu Vicandi, "El futuro (...)", *Ob. cit.*, pp. 314-315.

[23] Acórdão do TEDH de 26 de Junho de 2014, *Case of Mennesson v. France*, disponível em www.echr.coe.int/echr.

[24] Acórdão do TEDH de 26 de Junho de 2014, *Case of Labassee v. France*, disponível em www.echr.coe.int/echr.

[25] Em sentido semelhante, *Case of Foulon and Bouvet v. France*, de 21 de Julho de 2016 (https://hudoc.echr.coe.int).

[26] Cfr., para uma análise detalhada da jurisprudência do TEDH nesta matéria, JUANEDA, Luis Garau, "La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Os casos dizem respeito a dois casais (o casal *Mennesson* e o casal *Labassee*) cujas mulheres eram inférteis. Pretendendo gerar um filho, deslocaram-se à Califórnia e ao Minnesota, respectivamente, a fim de recorrerem à gestação de substituição. Em ambos os casos, os embriões foram gerados com recurso a ovócitos e espermatozóides dos casais beneficiários, seguidamente implantados no útero da gestante de substituição, que concordou entregar as crianças após o nascimento.

Um tribunal californiano determinou, antes mesmo do nascimento, que os *Mennesson* fossem considerados o pai genético e a mãe legal, quando os filhos nascessem. A certidão de nascimento californiana mencionava, assim, como progenitores, os membros do casal beneficiário, sem qualquer referência à gestante de substituição. Idêntica decisão foi proferida por um tribunal do Minnesota, no caso *Labassee*.

Apresentado o certificado de nascimento pelos *Mennesson*, em França, nos serviços de registo competentes, o Ministério Público promoveu a anulação do registo.

O caso acabou por subir à *Court de Cassation* em 2011, tendo sido aí rejeitada a pretensão do casal beneficiário, decidindo o Tribunal que o contrato de *gestação de substituição* era nulo e contrário à ordem pública (nos termos dos artigos 16-7 e 16-9 do Código Civil francês), em particular, ao princípio segundo o qual o estado civil é indisponível.

Não obstante, a *Court de Cassation* realçou que a anulação do registo não impedia as crianças de viver com os *Mennessons* e não as privava de um vínculo materno e paterno de filiação, de acordo com a Lei californiana, referindo ainda que a mesma não violava o direito ao respeito à *vida familiar e privada* (consagrado no artigo 8.º da CEDH) ou os interesses da criança [27] [28].

No caso dos *Labassee*, a certidão de nascimento, emitida pelo Estado do Minnesota, nunca chegou a ser registada, por tal ter sido

---

sobre los efectos de una gestación subrogada, legal en el país donde se ha llevado a cabo, en estados vinculados por el convenio europeo de derechos humanos en los que rige su prohibición", *in Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, pp. 441-452.

[27] Nos termos do artigo 3.º da Convenção sobre os Direitos da Criança.

[28] Sobre o alcance do direito à *vida familiar*, consagrado no artigo 8.º da CEDH, v. VEGA, Pablo Fernández de la, "La gestación subrogada (...)", *Ob. cit.*, p. 373-374.

recusado. A *Court de Cassation* proferiu uma decisão semelhante à oferecida ao caso *Mennesson*.

Apreciando os casos, após os juízos da *Court de Cassation*, o Tribunal de Estrasburgo decidiu que a ambos era aplicável o artigo 8.º da CEDH, atendendo à tutela que dele resulta quanto à *vida familiar*, na medida em que os casais beneficiários agiram como progenitores das crianças desde o nascimento, formando uma família. Reconheceu também uma relação directa entre a *vida privada* de crianças nascidas através da *gestação de substituição* e a determinação da sua filiação legal, referindo estar assim em discussão um aspecto essencial da identidade de um indivíduo.

Quanto ao respeito pela tutela da *vida familiar*, o Tribunal considerou que a França, no uso da sua *margem de apreciação*, agiu motivada por interesses legítimos, a saber, a proteção da saúde e dos direitos e liberdades de terceiros, na medida em que a sua conduta decorreu de um desejo de desencorajar os franceses a recorrer, fora da França, a uma técnica reprodutiva proibida domesticamente, assim procurando proteger as crianças e a gestante de substituição. Neste ponto, a França teria mesmo uma *ampla margem de apreciação*, porque na esfera das decisões relativas à *gestação de substituição* não há consenso europeu.

Porém, ao mesmo tempo, essa margem encurtava-se quando em causa estava uma questão de *estabelecimento da filiação*, um aspecto fundamental da existência ou identidade de um indivíduo.

No que reporta ao direito ao respeito pela *vida familiar*, o Tribunal considerou que os recorrentes admitiram que os obstáculos causados pelo não reconhecimento das certidões de nascimento pelo Supremo Tribunal francês não eram intransponíveis, na medida em que não haviam demonstrado terem sido impedidos de gozar na França o direito ao respeito pela sua *vida familiar*.

Já quanto ao direito ao respeito pela *vida privada das crianças*, o Tribunal concluiu pela violação do artigo 8.º da CEDH, em face da incerteza jurídica com que as mesmas foram confrontadas aquando do não reconhecimento, na ordem jurídica francesa, do vínculo de filiação com o casal beneficiário, afectando a sua *identidade*, designadamente, criando incerteza quanto à obtenção da nacionalidade francesa, e também, aos seus direitos hereditários.

Em conclusão, o Tribunal considerou que a recusa de reconhecimento legal da realidade biológica violava o *superior interesse das crianças*, tendo a França excedido a margem de apreciação deixada aos Estados no âmbito das decisões relativas à gestação de substituição [29].

Desta jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem pode, assim, retirar-se o entendimento segundo o qual a Convenção não permite, no contexto da *gestação de substituição*, que a atribuição da maternidade, por um Estado, à mulher beneficiária, seja posteriormente contrariada pelas autoridades de outro Estado, com fundamento do não reconhecimento da figura da *gestação de substituição* pelo ordenamento jurídico desse segundo Estado, quando tal colocar em causa o *superior interesse das crianças*, ao menos nos casos em que a criança tenha um vínculo biológico com o casal intencional.

3.2. O caso *Paradiso and Campanelli*, na Itália

O caso *Paradiso and Campanelli v. Italy* [30] [31], com origem nos tribunais italianos, apresenta algumas diferenças relativamente aos casos franceses agora analisados.

---

[29] Relativamente aos problemas colocados pela gestação de substituição no *direito internacional privado*, v.: VICENTE, Dário Moura, "Maternidade de substituição e reconhecimento internacional" *in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 607-627; SILVA, Nuno Ascensão/RIBEIRO, Geraldo Rocha, "A maternidade de substituição e o direito internacional privado português", *in Cadernos do CENoR*, n.º 3, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, pp. 9-75; MOTA, Luísa, "A Gestação de Substituição no Direito Internacional Privado Português", *in* NETO, Luísa/PEDRO, Rute Teixeira (Org.), *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Atas do Seminário Internacional, Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 63-82; OLIVEIRA, Elsa Dias, "A gestação de substituição e o Direito Internacional Privado: a realidade portuguesa", *in Revista de Direito Civil*, Lisboa, a.5 n.1, 2020, pp. 73-93.

[30] Acórdão do TEDH de 27 de Janeiro de 2015, *Case of Paradiso and Campanelli v. Italy*, disponível em www.echr.coe.int/echr.

[31] Analisando o caso no contexto do enquadramento registal, em espanha, dos casos de gestação de substituição ocorrida além-fronteiras, v. SÁNCHEZ, Alicia Sánchez, "El informe de 11 de julio de 2014 de la dirección general de los registros y del notariado", *in Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, coord. por Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa; Francisco Lledó Yagüe (dir.), 2019, p. 241.

Em causa estava a decisão de um tribunal italiano que rejeitou o registo dos membros de um casal beneficiário [32] como progenitores legais de uma criança nascida na Rússia, na sequência de um processo de *gestação de substituição*. A criança havia sido concebida com recurso a gâmetas doados, e a gestante, após o parto (e o recebimento do pagamento acordado) consentiu que os membros do casal italiano fossem registados, em Moscovo, como os seus progenitores legais. Em Itália, porém, as autoridades recusaram aceitar tal registo, alegando que a certidão de nascimento russa era falsa e que não existia ligação genética entre a criança e o casal beneficiário, o que levou a que o bebé fosse retirado, com apenas 6 meses, ao casal beneficiário, e entregue a uma família adoptiva.

O casal beneficiário alegava que o estado Italiano havia violado o artigo 8.º da CEDH e o TEDH entendeu, efectivamente, que a "vida familiar" foi violada quando a criança foi retirada do casal, mesmo que ela estivesse a viver com eles há pouco tempo, arbitrando-lhes uma indemnização [33].

Em 24 de janeiro de 2017, porém, o Tribunal Europeu, reunido em *Grande Chambre*, anulou a decisão anterior, no entendimento segundo o qual as autoridades italianas agiram legitimamente ao retirar a criança da custódia do casal beneficiário, que não tinha relação biológica com ela [34].

Uma das diferenças essenciais, entre este caso italiano e os casos franceses analisados, reside, portanto, na circunstância de, no caso italiano, a

[32] De nacionalidade italiana.

[33] Cfr., ainda, a análise do caso por Roberto Andorno (Andorno, Roberto, "Acordos Transfronteiriços (...), *ob. cit.*, pp. 132 e ss.).

[34] O Tribunal Constitucional português, no seu n.º 225/2018, de 24 de Abril, fez referência ao caso: "*Avaliando o impacto que a separação irreversível entre os beneficiários e a criança teve na vida privada dos primeiros, o Tribunal considerou que as autoridades italianas haviam procedido a uma ponderação adequada dos interesses em conflito, e que os interesses públicos deveriam ser tidos como prevalecentes neste caso, a fim de evitar a consolidação no ordenamento jurídico de uma situação criada intencionalmente pelos beneficiários da gestação de substituição em incumprimento de normas importantes do direito italiano. Deste modo, o TEDH concluiu que os tribunais italianos, ao verificarem que a criança não sofreria danos graves ou irreparáveis em consequência da separação, não tinham extravasado da margem de apreciação estadual consentida, pelo que não ocorrera uma violação do artigo 8.º da CEDH*" (Acórdão do TC n.º 225/2018, de 24 de Abril, *cit.*, p. 1901).

criança não ter qualquer ligação biológica ao casal beneficiário e ter residido um escasso tempo com o casal beneficiário (sendo certo que a cessação da residência foi determinada por actos das autoridades italianas).

Isto poderia significar que, sem prejuízo das especificidades de cada caso, a teoria que o TEDH construiu no sentido do reconhecimento *ex post facto* nas situações de *gestação de substituição* só valeria nos casos em que existisse uma ligação biológica entre a criança e o casal beneficiário, e um contexto de inserção da criança no contexto familiar dos beneficiários.

É isso que resulta da *Advisory opinion* de 10 de abril de 2019, que se referirá em seguida, a qual, não obstante a sua importância, apenas se aplica nos casos em que existe ligação biológica com o casal beneficiário (com o homem do casal beneficiário, e eventualmente, com a mulher beneficiária) [35].

Porém, essa solução não é a desejável. Pensamos que, para o que importa agora resolver, *id est*, é para saber se, tendo em conta atitudes legislativas díspares dos Estados, estes, no respeito por certos direitos fundamentais devem ter uma atitude de permeabilidade relativamente a situações familiares ocorridas noutras jurisdições, sob pena de se colocar em causa o *superior interesse da criança*, pouco relevante será saber se em causa está uma criança cujo material biológico pertence, no todo ou em parte, ao casal beneficiário ou se foram utilizados gâmetas de dador, e até do concreto tempo que a criança residiu com o casal beneficiário.

Bem sabemos que, na *gestação de substituição*, se criou uma tendência no sentido de evitar, ou até proibir, a utilização do material biológico da gestante, ou pelo menos, de exigir que a criança que vai ser gerada seja biologicamente ligada ao casal beneficiário.

Porém, esta opção cabe aos Estados, nas escolhas que façam em matéria de regulamentação da *gestação de substituição*, e não se concebe como se possa admitir uma solução tão radicalmente oposta, no que diz respeito aos seus efeitos, como seja a de recusar

[35] Havendo ligação biológica absoluta (como os dois membros do casal beneficiário), o reconhecimento da filiação a favor do casal beneficiário deverá, na perspectiva do TEDH, ocorrer directamente no registo civil, enquanto que, havendo utilização de ovócito de dadora, poderão os Estados impor a necessidade de recurso à adopção.

o reconhecimento *ex post facto* nos casos em que a criança não tem ligação biológica o casal beneficiário.

De igual modo, neste tipo de situações, pensamos, não pode conceder-se ao argumento segundo o qual, tendo a criança residido pouco tempo com o casal beneficiário, fica igualmente justificado o afastamento da teoria do reconhecimento *ex post facto* da *gestação de substituição* ocorrida no estrangeiro.

Mais gravoso pode ser esse entendimento quando se argumenta com essa residência escassa, nos casos em que a sua cessação foi determinada pelo exercício da autoridade do Estado, já no âmbito da conduta deste no sentido de recusar o reconhecimento do estabelecimento dos vínculos de filiação a favor dos beneficiários. Pensamos que a teoria do reconhecimento *ex post facto* da *gestação de substituição* ocorrida no estrangeiro deve assentar na preponderância do *superior interesse da criança* [36] na situação concreta.

Ou seja, o seu objetivo não é fazer tábua rasa dos outros valores co-envolvidos, como seja o direito cogente do Estado que pondera o reconhecimento, ou a sua *ordem pública internacional.*

O que se pretende é que esses valores sejam sopesados e confrontados com o princípio do *superior interesse da concreta criança envolvida.*

Sempre que este valor apontar no sentido do reconhecimento da *gestação de substituição* mesmo por Estado que não a admita na sua legislação, então essa deve ser a solução oferecida ao caso.

Para este resultado, a circunstância de estar em causa uma *substituição genética*, e não meramente *gestacional*, ou o curto período de tempo que a criança residiu com o casal beneficiário, sendo elementos a ponderar na solução a oferecer ao caso concreto, não podem considerar-se absolutamente decisivos para o afastamento de uma decisão de reconhecimento.

3.3. *Advisory opinion* de 10 de abril de 2019

Não obstante a especificidade do caso italiano, pode dizer-se com segurança que a jurisprudência do TEDH tem admitido — em nome

[36] Sobre o superior interesse da criança como valor prevalecente na *gestação de substituição*, v. Ortiz, Ana Isabel Herrán, "Aproximación ética y jurídica (...)", *Ob. cit.*, pp. 274-282.

GESTLEGAL

da proteção *do superior interesse da criança* — a eficácia *ex post facto* da *gestação de substituição.*

De tal forma que, no dia 10 de Abril de 2019, na sequência de um pedido da *Cour de Cassation* francesa [37], foi publicada pela *Grand Chamber* deste Tribunal a *Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, requested by the French Court of Cassation (Request No. P16-2018-001)* [38] [39].

Nesse documento, o Tribunal refere que, numa situação em que uma criança nasceu no estrangeiro por meio de *gestação de substituição* e foi concebida usando os gametas do pai beneficiário e de um terceiro doador, tendo sido reconhecida, no direito interno, aquela relação jurídica (com o pai): *a)* direito da criança ao respeito pela *vida privada* exige que o direito interno do Estado receptor forneça a possibilidade de reconhecimento da filiação com a futura beneficiária, designada na certidão de nascimento legalmente estabelecida no estrangeiro como a "mãe legal"; *b)* o direito da criança ao respeito pela *vida privada*, não exige que esse reconhecimento seja feito através da inscrição no registo de nascimento, pois outros meios, como a adopção da criança pela mãe beneficiária, podem ser utilizados desde que o procedimento previsto pelo direito interno garanta que possa ser implementado de forma rápida e eficaz, de acordo com o *superior interesse da criança* [40].

Apesar de aplicável apenas nos casos em que existe uma ligação biológica com o casal beneficiário, com esta *Advisory opinion* reforçou o Tribunal o entendimento de que os Estados Parte (mesmo que proíbam este método gestacional) devem assegurar o reconhecimento da relação

[37] O tribunal francês pretendia saber se, tendo havido evolução na jurisprudência francesa, após os casos *Mennesson v. France* e *Labassee v. France*, no sentido de aceitar a inscrição no registo civil do pai beneficiário, quando ele é o pai biológico, restando à mãe beneficiária o recurso à adopção, tais medidas cumpriam o disposto no artigo 8.º da CEDH.

[38] Disponível em https://hudoc.echr.coe.int.

[39] Analisando a Opinião, v. Grasso, Alfio Guido, *La maternità surrogata altruistica — Un'ipotesi ricostruttiva*, Aracne, 2020, p. 46.

[40] Matéria que cabe, portanto, na margem de apreciação dos Estados, nos casos em que foi utilizado ovócito de dadora.

de filiação com os membros do casal (designadamente a mãe intencional [mesmo não sendo mãe uterina, nem mãe genética]), quando a criança é gerada através de *gestação de substituição* num país terceiro.

Relativamente aos casos em que também é utilizado o ovócito da mãe beneficiária, o Tribunal disse que *"a necessidade de fornecer a possibilidade de reconhecimento da relação jurídica entre a criança e a futura mãe aplica-se com ainda maior força"* [41] [42].

Na mesma linha de entendimento, na Alemanha, num importante Acórdão de 10 de Dezembro de 2014, o *Bundesgerichtshof* [43], considerando não existir contradição com a *ordem pública internacional alemã* (nomeadamente por incompatibilidade do reconhecimento com os direitos fundamentais), considerou não existirem impedimentos ao reconhecimento efectuado por um tribunal estrangeiro [44] da paternidade jurídica dos beneficiários relativamente a uma criança nascida na sequência do recurso à *gestação de substituição* [45].

Na Áustria, o *Verfassungsgerichtshof* havia já chegado ao mesmo resultado no seu acórdão de 14 de Dezembro de 2011 [46], considerando que o *superior interesse da criança* deve afastar a regra geral *"mater sempre certa est"*, prevista no §137b do Código Civil [47].

4. CONCLUSÃO

Numa Europa tendencialmente contrária à *gestação de substituição*, criou-se uma tendência judiciária, com forte intervenção do TEDH, que

[41] Cfr. *Advisory opinion, cit.*, parágrafo 47.

[42] Ou seja, deste entendimento resulta que, se existe uma ligação biológica absoluta entre a criança e os beneficiários, nenhuma margem terão os Estados para negar a inscrição no registo da filiação a favor dos beneficiários.

[43] *BGH, Beschluss des XII. Zivilsenats vom 10.12.2014* — XII ZB 463/13, disponível em http://juris.bundesgerichtshof.de.

[44] Esse tribunal era, na situação, o Tribunal Superior do Estado da Califórnia.

[45] O caso concreto respeitava a um casal alemão, residente em Berlim, que em Agosto de 2010 recorreu à gestação de substituição no Estado norte-americano da Califórnia, tendo sido utilizado o esperma do marido e óvulos de dadora.

[46] *VfGH* 14.12.2011, B 13/11, disponível em www.vfgh.gv.at.

[47] O caso dizia respeito a um casal beneficiário (sendo o pai italiano e a mãe austríaca) que recorreu à *gestação de substituição* no Estado norte-americano da Geórgia, tendo sido geradas duas crianças, com utilização do material biológico dos beneficiários.

tem o efeito de eliminar algumas barreiras fronteiriças em matéria de regulamentação da PMA, quando a consideração das mesmas se traduziria em soluções jurídicas altamente prejudiciais para o ser humano que é trazido ao mundo na sequência da utilização da *gestação de* substituição, mas que não teve oportunidade de escolher o que quer que fosse no percurso que culminou nesse resultado.

O mínimo que se impõe é, de facto, que a pessoa gerada com recurso à *gestação de substituição* não tenha de sofrer o ónus adicional de, sem ter contribuído minimamente para a situação em que foi gerado, ter de suportar a afirmação da autoridade dos Estados relativamente à regulamentação de matérias tão sensíveis como aquela que nos ocupa, naquilo que constitui uma ingerência pouco compreensível na sua *vida privada*.

PUBLICIDADE REGISTRAL E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

RACHEL LETICIA CURCIO XIMENES DE LIMA ALMEIDA (*)
TIAGO DE LIMA ALMEIDA (**)

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DA IMPORTÂNCIA DAS ATIVIDADES DESEMPENHADAS PELAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS PARA O EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 3. DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. 4. DOS ASPECTOS GERAIS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS FRENTE AS ATIVIDADES DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS. 5. DO SUPOSTO, MAS INEXISTENTE, CONFLITO ENTRE A PUBLICIDADE REGISTRAL E A LGPD. 6. CONCLUSÃO.

1. INTRODUÇÃO

O mundo passou por um processo de transformação tecnológica de tamanha dimensão que fez com que houvesse uma mudança de paradigmas quanto a forma em que lidamos com os nossos dados pessoais. Esses avanços dos processos tecnológicos podem ser representados pelas Revoluções Industriais ocorridas ao longo do tempo. Com as mudanças sociais, importantes invenções foram essenciais para alterar a vida na coletividade, até chegarmos nos moldes que a conhecemos hoje.

A invenção dos sistemas automáticos e digitais, foram fatores essenciais para a modernização produtiva, em especial, a chamada Revolução

(*) Bacharel em Direito pela PUC-SP. Pós-graduada em Direito Notarial e Registral pela Escola Paulista da Magistratura (EPM-SP). Mestre e Doutora em Direito Constitucional pela PUC-SP. Especialista em Proteção de Dados pelo INSPER, PUC/SP e pelo Mackenzie. Professora de Proteção de Dados e de Direito Notarial e Registral. Presidente da Comissão de Direito Notarial e de Registros Públicos da OAB-SP.

(**) Bacharel em Direito pela PUC-MG. Pós-graduado em Direito Tributário pelo IBET. MBA em Gestão Tributaria pela FUNDACE-USP. Mestre Direito Constitucional pela PUC-SP. Doutorando em Direito pela PUC-SP. Professor de Direito Tributário e de Direito Notarial e Registral. Vice-Presidente da Comissão de Direito Notarial e de Registros Públicos da OAB-SP.

GESTLEGAL

Industrial 4.0. Frente a esse universo integrado e automatizado surgiu a preocupação com a segurança desses sistemas que terão a responsabilidade de manipular os dados pelos próximos anos.

Indispensáveis ao bom funcionamento da vida em sociedade, os cartórios, assertivamente, foram considerados atividades essenciais. Paralelo a esse fato, as serventias começaram a redirecionar a forma em que prestavam seus serviços, prestando-os a distância, por meio de videoconferência. Desde a recepção de documentos digitais e perfectibilização de negócios, passando pela realização de casamentos e divórcios, sua inserção à via digital trouxe consigo uma ampliação ao direito ao acesso e a justiça, bem como todos aqueles inerentes a personalidade, igualdade, manifestação de vontade, dentre outros. Muito embora o processo de digitalização das atividades não seja novidade, ele vem sendo adotado de forma irreversível pelas serventias, e, dada as situações, foi necessária toda uma reorganização em sua estrutura.

A propensão atual é de que o atendimento presencial passe a ser exceção e não mais regra, e que ele só ocorra nos casos em que seja indispensável que o ato registral ou notarial seja realizado em pessoa. Dada a essencialidade dos serviços à população, os tabelionatos e ofícios de registros começaram sua adaptação à forma tecnológica. Ainda, de modo a elucidar, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou diversos provimentos regulamentando a prestação do serviço notarial e registral (Provimentos 91, 92, 93, 94, 95, 97, 98, 100 de 2020), a fim de evitar a interrupção da atividade durante o isolamento social determinado pelo Poder Público, prevendo a possibilidade de utilização do teletrabalho pelos cartórios (art. 5.º do Provimento 95 e art. 3.º do Provimento 94), bem como franqueando o uso de novas tecnologias da informação, tais como aplicativo multiplataforma de mensagens instantâneas e chamadas de voz (WhatsApp).

E foi justamente a partir da necessidade de regulamentar a maneira em que os dados são manipulados que foi sancionada, em 2018 pelo ex-presidente Michel Temer, a Lei 13.709 que altera o Marco Civil da Internet, estabelecendo parâmetros para proteção e tratamento de dados pessoais. Referida Lei tem como principal objetivo proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. A partir desta regulamentação o Brasil entrou no rol, com mais de 100 países, que hoje

são adequados a proteger a privacidade e o uso de dados. A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), como é conhecida por aqui, entrou em vigor 24 meses após sua publicação. O seu período de vacância foi de suma importância para que todos conseguissem se adequar as normas e, por consequente, não serem penalizados pelo descumprimento destas.

Inspirada na legislação de Proteção de Dados da União Europeia, a GDPR, a ideia central da LGPD parte do conceito de autodeterminação informativa, onde as pessoas possam conhecer e controlar a coleta e o processamento de seus dados, permitindo que a limitação desse processamento seja tanto por parte de particulares como pelo Estado; trazendo práticas transparentes e seguras para do tratamento desses dados, visando garantir direitos e liberdades fundamentais.

Já em vigor, a norma estabelece regras sobre coleta, armazenamento, tratamento e compartilhamento de dados pessoais, oferecendo segurança jurídica para o uso e tratamento destes [1]. Além disto, a norma se aplica a todos os dados pertencentes a pessoas físicas, não importando se elas estão em meio físico (papéis, livros e documentos) ou eletrônicos (computador, outros dispositivos acessados por sistemas, ou pela 'internet').

Toda a forma em que a Lei é aplicada vem no intuito de trazer cada vez mais proteção aos dados pessoais e a privacidade como um elemento de reputação. É justamente neste caminho que os consumidores e cidadãos podem fazer suas escolhas, a partir do grau de proteção de dados pessoais que uma organização oferece e publicializa. Tem-se o direito de portabilidade dos dados e, com isso, espera-se a criação de uma cultura de proteção de dados com profissionais qualificados e com foco nesta pauta.

Esse avanço eminente exige de qualquer profissional uma atualização quanto os aspectos gerais da norma, para que os serviços prestados sejam dispostos de forma célere e eficiente. E, nessa seara, são enquadrados os delegatários das serventias extrajudiciais, que tiveram que se adequar às exigências da LGPD, visto o fato de que realizam

[1] Artigo 5, X, Lei 13.709/2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm <acesso em 21 de dezembro de 2021>

uma triagem dos dados pessoais, observado que é exigido que as organizações limitem a quantidade e o escopo dos dados pessoais processados ao mínimo necessário.

Acerca da importância das atividades extrajudiciais, podemos trazer que essas são hoje indispensáveis para o bom desenvolvimento social. Com o auxílio prestado na efetiva materialização de direitos fundamentais, as serventias galgam um espaço cada vez mais importante no cotidiano do cidadão: o de realizar procedimentos antes só possíveis pela via judicial, de modo mais célere, menos burocrático, e com a mesma eficiência e eficácia desprendida dos Tribunais. Os cartórios são imprescindíveis para as diversas áreas da vida do cidadão, passando pelo nascimento, casamento, compra de residência, cobrança de um crédito, chegando ao óbito. Suas ramificações tendem a ser cada vez maiores e mais significativas, conforme a necessidade e mutação social. O apoio prestado pelos cartórios extrajudiciais representa um avanço que permite a toda a população um acesso mais facilitado à ordem jurídica, sem grandes burocracias ou complicadores, que resultam em um trabalho eficiente, mas sem que com isso tenha-se a perda de qualquer ponto de segurança jurídica, indispensável ao bom funcionamento estatal.

É a partir do enquadramento dos cartórios de registro à Lei Geral de Proteção de Dados, que traz limites à publicidade de seus atos, que o presente artigo busca fazer uma pontual análise acerca da importância dos cartórios, em especial os de Registro de Imóveis, buscando discorrer sobre as repercussões da norma sancionada nas atividades desenvolvidas pela serventia extrajudicial. Não é pretendido aqui esgotar o tema, mas sim instigar seu debate e trazer à tela sua importância.

2. DA IMPORTÂNCIA DAS ATIVIDADES DESEMPENHADAS PELAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS PARA O EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É sabido que os cartórios extrajudiciais exercem indispensáveis funções à população. Auxiliando em um acesso eficiente a direitos, as

serventias extrajudiciais se estabelecem de modo a cooperar com a materialização da justiça. Nas palavras de Ricardo Goretti [2] (2017, p. 67), "é possível afirmar que ter acesso à justiça é obter a solução de sua controvérsia de maneira justa".

Nesse mesmo sentido, deve o Estado estabelecer um cenário que contribua para que sejam atendidas as necessidades dos indivíduos que vão em busca de uma tutela jurisdicional. Ante a Constituição prever tal mecanismo a celeridade como princípio, a Convenção Americana de Direitos Humanas [3], na qual o Brasil é signatário, já previa a garantia, ao dispor, em seu artigo 8.1 trazendo que:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Sobre a história das serventias extrajudiciais, cumpre trazer o que preceitua Lucas Almeida de Lopes Lima [4] (2011):

Pode-se dizer que no Brasil, a atividade notarial e registral surgiu efetivamente a partir do chamado registro do vigário (Lei n .º 601/1850 e Dec. 1318/1854), com o que a Igreja Católica passou a obrigar a legitimação da aquisição pela posse, através do registro em livro próprio, passando a diferençar as terras públicas das terras privadas. A aludida transmissão, com o tempo, passou a ser realizada através de contrato e, não raras vezes, necessitava de instrumento público, confeccionado por um tabelião. Finalmente, com a ampliação dos atos registráveis, passaram a se submeter ao Registro Geral (Lei n.º 1237/1864) todos os direitos reais sobre bens imóveis.

Em um longo processo de desenvolvimento, as atividades extrajudiciais foram galgando espaços cada vez maiores, dada sua

[2] GORETTI, Ricardo. Mediação e acesso à justiça. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 67.

[3] https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm <acesso em 21 de dezembro de 2021>

[4] LIMA, Lucas Almeida de Lopes. A Atividade Notarial e Registral e sua Natureza Jurídica. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 19 ago. 2011. Disponível em: Acesso em: 21 de dezembro de 2021..http://www.conteudojuridico.com.br/art.,a-atividade — notarial-e-registral-e-sua-natureza-juridica, 33077.html

importância. Foi a Lei n. 8935 de 1994 que trouxe a confirmação do quanto tratado pelo art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre os serviços notariais e de registro, a denominada Lei dos Cartórios.

Como bem preceituado pela Constituição Federal, a atividade extrajudicial é típica e privativa, sendo os notários e registradores dotados de fé pública decorrente do ato de delegação. Possuem esses deveres de natureza ético-profissional, dentre os quais: imparcialidade, independência, confidencialidade, responsabilidade e competência técnica. A partir disso, fica evidente que o titular da serventia extrajudicial ou seu preposto designado para a prática do ato deve se atentar as disposições legais e normativas para que a situação fática desejada seja corroborada pela publicidade, autenticidade, segurança e eficácia decorrentes de sua fé pública. Assim, para Brandelli [5] (2011, p. 195):

A complexidade das relações sociais e jurídicas obriga a uma intervenção cada vez mais acentuada do Estado na autonomia da vontade privada, a fim de garantir igualdade jurídica às partes, compensando sua desigualdade material, evitando excessos jurídicos e entrelaçando paritariamente os direitos individuais visando ao bem comum ordenado pelo sistema jurídico.

Nas exatas palavras do Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo, José Renato Nalini [6], é possível se observar parte dos benefícios que a delegação dos serviços notariais e de registro trouxeram, onde, segundo ele:

Um protagonismo que deu certo é o das delegações extrajudiciais. Foi uma solução inteligente do constituinte de 1988. Entregar a concursados prestações estatais que serão exploradas por sua conta e risco. O governo não investe nada nas serventias — registros públicos e tabelionatos — e leva boa parte dos emolumentos. Mesmo assim, os delegados dão um show de eficiência e estão anos-luz à frente das prestações estatais diretamente prestadas pelo Estado.

---

[5] BRANDELLI, Leonardo. Teoria geral do direito notarial. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.195;

[6] NALINI, José Renato. Empreendedores. Uni-vos! http://www.cawdialogos.com.br/empreendedores-uni-vos-2/ <acesso em 21 de dezembro de 2021>

Ao tratar sobre o tema, Francisco Nobre [7] (2018, p. 49) dispõe que:

> À míngua de um conceito melhor elaborado pela doutrina, podemos definir desjudicialização como "a transferência de atividades que tradicionalmente cabem aos juízes para outros órgãos ou agentes, obtendo, na prática, o alívio da sobrecarga judiciária e a maior brevidade ou simplicidade na efetivação do direito".

Tendo-se que em mente que o acesso à justiça é um direito fundamental e que, para sua correta aplicação é necessária a existência e funcionamento de estruturas garantidoras que permitam a sua efetivação, abarcando todas as estruturas que podem concretizar a segurança jurídica e a composição de interesses, surgem as serventias extrajudiciais, que se estabelecem como uma forma de estrutura (organização e procedimento) que permite a população um maior acesso à justiça e, por ventura, um alivio ao judiciário.

Até o ano de 2004 a Constituição Federal não previa e não tratava acerca da duração razoável do processo. Tal ponto só foi começar a ganhar respaldo a partir da Emenda Constitucional n.º 45/2004. Nessa seara, a Carta Magna de 88, em seu artigo 5.º, parágrafo LXXVIII, fortalece a ideia de celeridade, por meio dos meios que garantam a agilidade em qualquer processo. Este, se firma como um valor fundamental que permite a íntegra execução dos direitos socais (CASSETTARI, 2008) [8], vejamos:

> Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> (...)

[7] NOBRE, Francisco José Barbosa. Manual da usucapião extrajudicial: de acordo com a Lei n.º 13.465/2017, incluindo comentários ao provimento n.º 65/2017 do CNJ. 1 ed. Ananindeua: Itacaiúnas, 2018. p. 49-50.

[8] CASSETTARI, Christiano. Separação, divórcio e inventario por escritura pública. Teoria e prática. 3. Ed. São Paulo: Método, 2008.

> LXXVIII — a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Cumpre observar que o texto constitucional é claro ao trazer que a garantia ora em comento é empregada para além do âmbito judicial, se estendendo também ao administrativo, aplicando-se, ainda às serventias extrajudiciais [9] (KUMPEL, 2017. P. 197). Nesse sentido, começaram a ganhar espaço a extrajudicialização de procedimentos e o desembaraço do processo judicial, sendo foco de estudos acadêmicos e doutrinários.

Para Vitor Kumpel [10] (2017, p. 198), é nesse cenário que houve a mudança de competências de apreciação jurisdicional para o extrajudicial, especialmente em relação aos serviços delegatários dos notários e registradores. Traz ele que "os operadores do direito começaram a perceber que questões jurídicas, ainda que complexas, poderiam ser retiradas da apreciação do Poder Judiciário, observadas duas condições: *a)* desde que não houvesse lide; *b)* desde que não houvesse interesse público ou metaindividual envolvido".

E é nesse sentido que o sistema extrajudicial se mostra cada vez mais eficiente e capaz de atender a demanda social de prestação de serviços jurídicos, onde a intervenção do Estado é essencial, mas não necessariamente através da utilização do poder jurisdicional. Nesse sentido, é inegável a importância das diversas iniciativas transferindo atividades antes exclusivas do Poder Judiciário para a estrutura das serventias extrajudiciais.

Com isto, a atividade extrajudicial se desenvolve de modo a contribuir para que sejam alcançados os elementos da justiça, ao prover uma estrutura que permite, de maneira preponderantemente preventiva,

---

[9] KÜMPEL, Vitor Frederico. Histórico da Lei n.º 11.441/2007 e a incorporação de seus institutos pelo Código de Processo Civil de 2015. DEL GUÉRCIO NETO, Arthur et. al. Homenagem aos 10 anos da Lei federal n.º 11.441/2007 em 10 artigos. 1.º ed. — São Paulo: YK Editora, 2017. p. 197.

[10] KÜMPEL, Vitor Frederico. Histórico da Lei n.º 11.441/2007 e a incorporação de seus institutos pelo Código de Processo Civil de 2015. DEL GUÉRCIO NETO, Arthur et. al. Homenagem aos 10 anos da Lei federal n.º 11.441/2007 em 10 artigos. 1.º ed. — São Paulo: YK Editora, 2017. p. 198.

evitar litígios ou auxiliar para sua dissipação, promovendo a pacificação social. Deste modo, auxiliam no processo de agilização das demandas judiciais, dando todo o apoio extrajudicial necessário as variadas questões que surgem, de modo a trazer celeridade e eficiência aos atos. Estabelecendo-se aqui, uma intrínseca relação de apoio, entre o judiciário e as serventias extrajudiciais, que atuam de maneira a quebrar paradigmas e auxiliar o judiciário em suas demandas exorbitadas.

Nesse cenário de celeridade e eficiência aos atos, sem abandono da tão almejada segurança jurídica, surgem as serventias de registro de imóveis, que vão muito além da formalização da transferência de propriedade de um bem imóvel, sendo verdadeiros instrumentos de limitação e/ou imposição de direitos e deveres, impactando diretamente com suas atividades no campo da faculdade da disposição de um bem, passando pela regulação do mercado imobiliário e culminando na proteção dos interesses, públicos ou privados, de um determinado bem.

3. DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NA SERVENTIA DE REGISTRO DE IMÓVEIS

É preciso ter em mente que umas das mais importantes características dos Registradores é o fato desses serem dotados de fé pública. Com isso, atuam junto ao extrajudicial de modo a garantir uma maior segurança aos atos praticados pelos cidadãos. Ainda nesta ótica, os serviços são exercidos em caráter privado, onde, por meio de ingresso por concurso público, são delegados pelo Poder Público, como bem preceituado pelo artigo 236 da Constituição Federal.

A Lei dos cartórios (n.º 8.935/94) também define a responsabilidade civil e criminal dos notários e oficiais de registro, bem como seus prepostos, sendo civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causem a terceiro, seja por dolo ou culpa [11]. Ainda de acordo com a norma supracitada, em seu artigo primeiro, os serviços notariais e de registro são de organização técnica e administrativa destinados a

[11] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm <acesso em 21 de dezembro de 2021.

garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

É justamente em observância ao artigo primeiro que discorremos, a seguir, sobre a importância da publicidade para o Registro de Imóveis. Isso porque, podemos contextualizar a publicidade como o mecanismo que permite o conhecimento de alguma situação jurídica ou sobre de vontades firmadas entre as partes ou terceiro interessado. É através da publicidade que se torna notório um acontecimento.

Na Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73), em seu artigo 1.º, a publicidade está implícita no objetivo da atividade registral ao conferir autenticidade, eficácia e segurança aos atos jurídicos. Eficácia, segurança e autenticidade estão presentes na atividade registral, quando o público confia ou presume a veracidade do oficial de registro, ao constituírem e verificarem a existência de relação jurídica, e não pela divulgação dos dados registrais. O Registro se reveste da fé pública, logo, a publicidade se faz presente.

O que leva os cidadãos a inscreverem o título de aquisição de imóvel no Registro é a fé pública, tendo a intenção de tornar a propriedade oponível a terceiros de boa-fé. Para se assegurar de validade do negócio imobiliário, é necessário que o cidadão confira a situação do imóvel.

A Constituição Federal estabelece, em seu artigo 37, que todas as pessoas administrativas, de qualquer um dos poderes dos entes federativos, estão submetidos à publicidade. Elucida Angel Cristóbal Monte apud Jerónimo González (2005, p. 16) [12] sobre a publicidade registral que:

Algumas vezes equivale a mero anúncio ou notícia; outras, a notificações oficiais feitas a terceiros com a finalidade de amparar a boa-fé, favorecer a circulação da riqueza e assegurar o tráfico, e outras, enfim, eleva-se à categoria de forma essencial do ato jurídico. No primeiro suposto, a violação das disposições legais que regulam a publicidade, ou não está especialmente sancionada, ou provoca uma indenização de danos e prejuízos ou tem efeitos suspensivos, e até pode ser penalizada

[12] CRISTÓBAL MONTES, Angel. Direito Imobiliário Registral. Tradução de Francisco Tost. Porto Alegre: IRIB, 2005

com uma multa. No segundo, o descumprimento da Lei produz a ineficácia dos atos não publicados com respeito a certas pessoas, e a subsistência para a mesma das situações jurídicas, acaso extintas. Na última suposição, a publicidade dá o ser ao ato (*forma dat esse rei*) ainda no que se refere diretamente aos interessados que o celebrem.

Registrar um direito não quer dizer tão somente respeitar o trâmite legal das normas, mas conferir ao quanto tratado em relação a segurança, eficácia e autenticidade. O ato registral deve ser o mais completo possível, sem que dele decorram dúvidas, visto que este possui presunção absoluta de veracidade. Nas palavras de Walter Ceneviva [13] (2014, p. 42):

Publicar, enquanto serviço público, é ação de lançar, para fins de divulgação geral, ato ou fato juridicamente relevante, em meio físico ou eletrônico admitido em lei, indicando o agente que neles interfira (ou os agentes que interfiram), com referência ao direito ou ao bem de vida mencionado.

A importância da publicidade registral pode ser traduzida pelo quanto tratado por Oliveira [14] (2010, p. 37), que afirma:

Hernando de Soto, economista peruano de renome internacional, ao questionar o porquê — do capitalismo funcionar em determina — dos países e fracassar em outros, sustenta que não se trata da falta de riqueza de alguns países. O autor concentra sua argumentação na falta de meios de representação da riqueza nesses países, pois é devido à — representação da riqueza em títulos seguros da propriedade que os bens se tornam ativos econômicos, com vida paralela à sua existência material. Com isso, podem circular no mercado, assim como podem ser oferecidos em garantia de empréstimos. Com esse mecanismo de representação obtém-se o capital necessário para o bom funcionamento da economia capitalista. Mais uma vez, torna-se clara a importância da publicidade registral imobiliária, enquanto confere segurança e certeza aos títulos de propriedade dos bens imóveis, permitindo seu aproveitamento na economia de mercado e gerando ativos para possibilitar o crescimento econômico.

[13] CENEVIVA, Walter. Lei dos notários e dos registradores comentada. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

[14] OLIVEIRA. Marcelo Salaroli de. Publicidade registral imobiliária. São Paulo: Saraiva, 2010.

Temos, neste ponto, que o registro vem no sentido de trazer publicidade e oponibilidade erga omnes ao direito, controlando a sua disponibilidade, de forma a garantir que tão somente o titular do direito possa dele dispor.

Para Marcelo Augusto de Melo [15] (2016, p. 118), a publicidade registral imobiliária tem como objetivo trazer uma maior segurança e estabilidade jurídica dos direitos e do tráfego imobiliário, de forma a resultar em uma base jurídica sólida que auxilia o desenvolvimento do mercado e o fomento do crédito, uma vez que, em suas palavras, garante estabilidade e confiabilidade às instituições financeiras para a liberação de créditos, influenciando na política de juros e no combate às fraudes.

Sobre esse assunto, traz Francisco José de Almeida Prado Ferraz Costa Júnior [16] (2020, p. 277) que:

Os registros públicos, enquanto mecanismo disponibilizadores de informações de interesse público, constituem uma instituição voltada à promoção da segurança, na medida em que, reduzindo os aspectos contingentes da vida, trazem maior previsibilidade aos negócios jurídicos. Não se reduz, no entanto, a um amontoado de informações recepcionadas sem critério. Consiste, pelo contrário, num acervo concatenado de assentamentos, dotados de presunção de veracidade e juridicidade, constitutivos, declarativos e extintivos de direitos.

Trazendo essa premissa ao plano real, podemos citar como exemplo claro de importância da publicidade do registro imobiliário as incorporações imobiliárias. Isto porque, disposto na Lei n.º 4.591 de 1964, há indicações claras de que o incorporador é proibido de inicializar a venda das unidades autônomas de incorporação imobiliária sem o devido registro no cartório de Registro de Imóveis

[15] MELO, Marcelo Augusto Santana de. Teoria Geral do Registro de Imóveis: estrutura e função. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016. P. 118-119.

[16] COSTA JUNIOR, Francisco José de Almeida Prado Ferraz. Princípio da Publicidade. In KERN, Marinho Dembinski; COSTA JÚNIOR, Francisco José de Almeida Prado Ferraz. Princípios do Registro de Imóveis Brasileiro. PEDROSO, Alberto Gentil de Almeida (Coord.). Coleção Direito Imobiliário. vol. II. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

competente. Com o registro e, como consequência a publicidade deste ato, os interessados podem conferir junto ao cartório toda a documentação que faça referência à incorporação desejada, diminuindo riscos, dada a fé pública depositada no registro.

A certidão constitui, por assim dizer, o momento — ápice, o apogeu da atividade registral imobiliária. Tudo é feito, tudo é construído, tudo é pensado tendo como finalidade precípua a obtenção de um documento que perfectibiliza o direito de propriedade: a certidão, onde a sociedade encontra todos os elementos necessários para ter conhecimento da situação jurídica do imóvel, e assim tomar as decisões que entender pertinentes.

Para Sérgio Jacomino [17] (2020), a lavratura de certidões pelos registradores não se reserva à veiculação de dados, mas sim à produção de um meio jurídico de prova. Os registradores têm o poder e o dever de lavrar certidão do que lhes foi requerido e fornecer às partes solicitadas. Eles atuam como responsáveis pela configuração da realidade jurídica. O registrador é uma espécie de executor de ordens, fazendo com que a sociedade seja mais organizada na destinação de posições jurídicas pelas ferramentas da qualificação e da publicidade registrais.

Com isso, são resultadas consequências relevantes para a publicidade registral. Ao emitir uma certidão, o registrador não tem como objetivo a difusão das informações presentes no registro, mas sim a realização de um fato institucional através de um ato consistente, para quem tem a intenção de realizar negócios jurídicos de um certo bem, em um mecanismo legítimo. O papel do registrador é como o de um mediador, entre os livros e os cidadãos, papel que foi reforçado pela Lei Geral de Proteção de Dados, quando tornou-se garantidor do direito à autodeterminação informacional.

Outro ponto, trazendo esse esquema à realidade cotidiana, é que o artigo 225 da Lei de Registros Públicos trata que a elaboração de escrituras públicas, bem como autos judiciais e instrumentos particulares devem ser fundamentadas na certidão expedida pelo Registro de

[17] JACOMINO, SÉRGIO. LGPD e o Registro de Imóveis — informação à CGJSP https://cartorios.org/2020/07/09/lgpd-e-o-registro-de-imoveis-informacao-a-cgjsp/ <acesso em 29 de dezembro de 2021>.

Imóveis, tendo a parte, conhecimento dos registros por meio da certidão, constituindo-se como via de publicidade dos atos.

Dada a grande importância do regime para o sistema, é que sua publicidade se justifica. KÜMPEL [18] (2020, p. 271) preconiza que:

No caso dos registros públicos, publicidade significa disponibilizar, para pessoas físicas e jurídicas, informações constantes do acervo registral, podendo qualquer interessado, independentemente de motivação (exceto nas hipóteses legais), ter acesso a tais informações, por meio de certidões ou, ainda, por informações prestadas pelas serventias. Trata-se de princípio aplicado a todos os registros públicos, com graus diferentes, a depender da natureza da serventia, tendo grau máximo no registro de imóveis, na medida em que, em matéria registral imobiliária, gera oponibilidade erga omnes.

Ainda nesse sentido, traduz Leonardo Brandelli [19] (2007):

Os direitos reais somente serão efetivamente direitos reais, dotados da característica da oponibilidade erga omnes, se o direito fornecer algum instrumento adequado de publicidade que permita à coletividade tomar conhecimento da existência de tal direito, sem o que não poderá afetar a terceiros de boa-fé, sob pena de haver afronta ao princípio da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e até mesmo da justiça. Assim, sem um meio eficaz de publicidade, não se terá um efetivo direito real, oponível a terceiros, uma vez que estes o desconhecerão; poder-se-á chamar de direito real, mas em verdade não o será, ou não o será em sua plenitude, por encontrar sérias restrições jurídicas decorrentes da ignorância de sua existência por terceiros. O mesmo se diga a respeito dos direitos puramente obrigacionais que devam ser oponíveis em relação a terceiros, como certos direitos de perempção, por exemplo: se não forem publicizados, sua oponibilidade esvai-se.

---

[18] KÜMPEL, Vitor Frederico et al. Tratado Notarial e Registral. vol. 5. 1. ed. São Paulo: YK Editora, 2020.

[19] BRANDELLI, Leonardo. Publicidade registral imobiliária: uma breve análise da eficácia dos direitos reais e obrigacionais. In: _____ (coord.). Direito civil e registro de imóveis. São Paulo: Método. 2007.

Frente ao quanto disposto, elucida-se, por fim, que o oficial de registro deve atuar tão somente de maneira relativa às matérias que possuam relação com o procedimento de registro. Por consequente, é através das certidões do Registro de Imóveis que as pessoas possuem conhecimento da situação real do imóvel, devendo estas serem disponibilizadas a qualquer pessoa, em respeito ao princípio da publicidade, tal como disposto no artigo 17 da Lei n.º 6.015 de 197, assegurando a publicidade no sistema registral, permitindo-se que se conheça o teor dos registros.

4. DOS ASPECTOS GERAIS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS FRENTE ÀS ATIVIDADES DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS

Antes de entrarmos na problemática propriamente dita, devemos tecer breves comentários à Lei de Geral de Proteção de Dados, a fim de tentar entender o porquê das controvérsias e embates quando da publicidade dos atos registrais que, segundo alguns doutrinadores, encontram barreiras impostas pela LGPD.

Como já ressaltamos, a norma foi inspirada na legislação de Proteção de Dados da União Europeia, a GDPR, com o fundamento de autodeterminação informativa, onde as pessoas possam conhecer e controlar a coleta e o processamento de seus dados, permitindo que a limitação desse processamento seja tanto por parte de particulares como pelo Estado, e trazendo práticas transparentes e seguras para quando esses dados são tratados, com o objetivo de garantir direitos e liberdades fundamentais.

A norma se aplica a qualquer operação de tratamento realizada no território nacional, ou mesmo fora do território nacional nos casos em que: (a) dos dados serem coletados no Brasil ou estejam relacionados a indivíduos localizados no território brasileiro ou (b) do tratamento dos dados ter como objetivo a oferta de produtos e/ou serviços ao público brasileiro;

Gera efeitos no setor privado e no setor público, aqui entendido como qualquer órgão ou entidade pública, inclusive empresas públicas e sociedades de economia mista. Entretanto, não se aplica ao

tratamento de dados pessoais: (a) realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos; (b) realizado para fins exclusivamente jornalísticos, artísticos, acadêmicos; (c) realizado para fins exclusivos de segurança pública, de defesa nacional, de segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais; e (d) provenientes e/ou destinados a outros países, que apenas transitem pelo território nacional, sem que aqui seja realizada qualquer operação de tratamento.

Com isto, a norma em comento veio de modo a disciplinar a forma como esses dados podem e devem ser tratados. Pela legislação, são definidos aspectos importantes, tais como: as hipóteses nas quais o tratamento de dados é legalmente autorizado (as chamadas "bases legais"); os direitos dos titulares que precisam ser preservados e respeitados; a forma como tratar dados de modo mais seguro possível e o que fazer na hipótese de um incidente de segurança.

Em seu artigo 6.º, a Lei Geral de Proteção de Dados traz onze princípios materiais de extrema importância para as atividades de tratamento de dados pessoais, além da boa-fé objetiva. Sendo eles: adequação, finalidade, necessidade, livre acesso, transparência, qualidade dos dados, prevenção, segurança, não discriminação, responsabilização e prestação de contas.

É fundamento da norma, trazido em seu artigo 2.º, a autodeterminação informativa, o respeito à privacidade, a liberdade a informação, a inviolabilidade da intimidade, o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, a livre iniciativa e a livre concorrência. Importante trazer, ainda, que é considerado dado pessoal toda e qualquer informação que seja relativa a pessoa natural e que seja capaz de identifica-la, sendo, sensível, qualquer dado que trate sobre origem racial ou étnica, convicção religioso, filiação a sindicato ou a organização religiosa, convicções religiosas, saúde ou vida sexual, genético ou biomédico e que sejam vinculados a pessoa natural.

É ainda em seu artigo 7.º que são previstas as bases legais que justificam e fundamentam o tratamento desses dados, tendo o consentimento do titular para a finalidade da obrigação legal ou regulatória pelo controlador, pela administração pública de dados que ensejem políticas públicas previstas em normas e regulamentos, convênios ou instrumentos congêneres para exercício de direito.

Nas palavras de Sarlet [20] (2021):

O direito à proteção dos dados pessoais é tanto um direito humano quanto um direito fundamental e em que pese o direito fundamental à proteção de dados pessoais ter conexão relevante com o direito à privacidade essa relação não é de superposição completa dos âmbitos de proteção, pois a proteção de dados pessoais e autodeterminação informativa vão muito além da privacidade e da proteção, considerando, por fim, a proteção de dados pessoais um direito fundamental autônomo.

Com isso, podemos traduzir que a proteção de dados se estabelece como a prerrogativa de cada cidadão em determinar, de maneira autônoma, a utilização que é feita de seus próprios dados pessoais, em parceria com a fixação de garantias de modo que esses dados sejam aproveitados de forma a não causar qualquer discriminação ou qualquer dano ao próprio cidadão ou à coletividade como um todo.

A Lei Geral de Proteção de Dados prioriza a adequação e cumprimento, pelos agentes de tratamento de dados, dos dispositivos legais através de modelos adequados e efetiva adoção de melhores práticas na governança de dados, resguardando sempre a específica proteção jurídica diante da extrema vulnerabilidade do titular de dados pessoais.

É importante salientar que diversas atividades previstas no inciso X do artigo 5.º da LGPD, como acesso, coleta, classificação, produção, reprodução, arquivamento, avaliação ou controle de informação e armazenamentos, dentre outras, são realizadas pelos serviços extrajudiciais de notas e de registro. Logo, a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados aos cartórios extrajudiciais não poderia deixar de ser mencionada pelo legislador.

No que tange os dados pessoais pelo Poder Público, onde, salvo melhor juízo, as serventias extrajudiciais estão englobadas, a Lei Geral de Proteção de Dados possui destaque a partir de seu artigo 23, onde o tratamento dos dados pessoais deve ser realizado a fim de atingir

[20] SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos Constitucionais: O Direito Fundamental à Proteção de Dados. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES, Otavio Luiz Jr.; BIONI, Bruno. Tratado de Proteção de Dados Pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

uma finalidade pública e em busca do interesse público, executando suas competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, uma vez observado que sejam, na letra da lei, (a) informadas as hipóteses em que, no exercício de suas competências, realizam o tratamento de dados pessoais, fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios eletrônicos; (B) indicado um encarregado quando realizarem operações de tratamento de dados pessoais, nos termos do art. 39 desta Lei.

E nesse ponto, os serviços notariais e de registro encontram-se em equiparação dos Poder Público, mais especificamente nos §4.º e §5.º do art. 23, da LGPD. Traz a norma em comento que os órgãos devem disponibilizar acesso aos dados pela via eletrônica à administração pública, em finalidade ao que traz o caput do artigo. Finalizando, o artigo 25 perfaz que "os dados deverão ser mantidos em formato interoperável e estruturado para o uso compartilhado, com vistas à execução de políticas públicas, à prestação de serviços públicos, à descentralização da atividade pública e à disseminação e ao acesso das informações pelo público em geral."

Para tanto, o tratamento de dados pessoais por agentes deve ter como princípio norteador a finalidade, a boa-fé e o interesse geral, que justifiquem a sua disponibilidade. Ao passo em que os dados sensíveis, pede uma atenção redobrada em seu manuseio, sempre com o consentimento específico, especificando os dados coletados e seu uso.

5. DO SUPOSTO, MAS INEXISTENTE, CONFLITO ENTRE A PUBLICIDADE REGISTRAL E A LGPD

Como bem demonstrado acima, a publicidade é o princípio norteador das atividades desenvolvidas por registradores. Sendo indispensável para um bom desenvolver das funções sociais e públicas, a publicidade garante segurança aos atos imobiliários, a partir dos registros e da fé pública abarcada no ato. Por outro lado, a Lei Geral de Proteção de Dados veio no sentido de proteger e resguardar as informações pessoais dos cidadãos, de modo a barrar quaisquer extraporias que possam ser realizadas com

suas informações pessoais, visto que, para muitos, os dados pessoais é o novo petróleo (em questão de comercialização).

E então, como fica resolvido o impasse entre a necessidade de publicidade registral e o resguardo da LGPD?

Sobre essa colisão de ideias diante dos novos paradigmas de tratamento de dados, é preciso saber que o registro deve verificar todos os objetivos, fundamentos e princípios trazidos pela LGPD, sem deixar de observar que o princípio da publicidade registral é inerente à própria essência dos serviços de registros no Brasil. Essa publicidade, embora indispensável para a consecução do registro, não é capaz de afastar a aplicação da LGPD, observado o quanto tratado em seu §4.º, artigo 23, que trata que os serviços notariais e de registros terão o mesmo tratamento dispensado às pessoas jurídicas de direito público.

Sobre o tema, Caleb Matheus Ribeiro de Miranda [21] (2020, p. 208) preceitua que:

Merece destaque os artigos 23, §4.º, 26, caput e art. 7.º, §§3.º e 7.º, da LGPD, de forma a concluir que: 1) aos registros públicos se aplicam as normas direcionadas às pessoas jurídicas de direito público, o que não afasta a observância dos princípios gerais; e 2) o tratamento dos dados de acesso ao público deve considerar a finalidade, a boa-fé e o interesse público que nortearam a sua disponibilização, sendo que no caso de eventual tratamento para outras finalidades, ele deve observar os propósitos legítimos e específicos para o novo tratamento e proteção dos direitos do titular dos dados.

Deste modo, Miranda ainda ressalta que "a utilização dos dados registrais para outras finalidades depende de dois fatores: que esta nova finalidade seja compatível com o interesse público e com a finalidade original que justificou a disponibilização inicialmente; e que esta nova finalidade seja legítima e específica. A finalidade precípua da publicidade registral é permitir a cognoscibilidade de situações jurídicas determinadas àqueles que têm interesse jurídico em conhecê-las" [22] (MIRANDA, 2020, p. 112).

[21] MIRANDA, Caleb Matheus Ribeiro de. Publicidade Registral: Considerações sobre a qualificação e a especialidade dos pedidos de publicidade. Revista de Direito Imobiliário, v. 88, p. 207-225, jan-jun. 2020. São Paulo: ed. RT

[22] MIRANDA, Caleb Matheus Ribeiro de. Publicidade Registral: Considerações sobre a qualificação e a especialidade dos pedidos de publicidade. Revista de

No que se tange ao confronto entre publicidade registral e privacidade, podemos dizer que publicidade não significa expor informações obtidas de dados pessoais, fazer com que terceiros tenham indiscriminada ciência ou disponibilizar dados permitindo que sejam consultados livre e indiscriminadamente. Privacidade é um conceito que permite diversas interpretações, mas o resguardo pessoal é o que vem à mente quando tocamos nesse tema. Com o avanço das tecnologias e a implantação dos computadores no nosso cotidiano, a proteção à privacidade passou a abranger não só a dimensão física, mas também as informações.

Cabe ao oficial de registro o dever de salvaguardar esses dados e processá-los, somente com o objetivo legal de comprovar relações jurídicas e constituir direitos, tornando o sigilo profissional imprescindível. Assim como a privacidade que norteia a LGPD, também não se pode confundir com sigilo total de informações.

Embora o tema ainda tenha suas ponderações, é preciso ter em mente que há possibilidade de tratamento de dados pessoais sem o consentimento do dono dos dados, regulamentado pela LGPD. E nesse ponto, os registradores são independentes, visto que sua função trata de cumprimento de obrigação legal ou regulatória, enquadrando-se nas exceções previstas em lei. Deste modo, pode-se afirmar que os trabalhos que compreendem a matéria diretamente atrelada aos registradores não dependem do consentimento do titular do dado pessoal para a respectiva coleta de dados, haja vista que a informação, objeto de registro público, decorre de uma obrigação legal em favor do Estado.

A LGPD se galgou na privacidade e na proteção de dados e, em contrapartida, as serventias cartorárias, assim como toda a Administração Pública tem como princípio basilar a publicidade. Para Wimmer [23] (2021):

Enquanto os princípios que norteiam a Administração Pública como a legalidade e a impessoalidade estão claramente alinhados a LGPD, que requer embasamento legal para cada tratamento e veda a discriminação ilícita ou abusiva resta evidenciada uma tensão em se

Direito Imobiliário, v. 88, p. 112, jan-jun. 2020. São Paulo: ed. RT

[23] WIMMER, Miriam. O regime jurídico do tratamento de dados pessoais pelo Poder Público. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES, Otavio Luiz Jr.; BIONI, Bruno. Tratado de Proteção de Dados Pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

tratando dos princípios da publicidade, a eficiência, e a supremacia do interesse público sobre o privado.

Muito importantes são as reflexões externadas pelo Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo Geraldo Francisco Pinheiro Franco, quando, ao analisar a obtenção e o tratamento dos dados pessoais e econômicos pelos serviços de registros, pontua que os dados são obtidos compulsoriamente e o acesso é franqueado para terceiros por meio de certidões, cabendo aos delegatários a proteção desses dados. Nas palavras do Desembargador, "os agentes públicos e os responsáveis pelos serviços extrajudiciais devem atuar como protetores dos titulares dos dados pessoais, agindo para que a sua obtenção, tratamento e posterior divulgação não viole direitos fundamentais dos seus titulares" [24] (2019).

É bem verdade que um dado público extrapola os limites do interesse meramente privado, contudo, os agentes públicos responsáveis por sua coleta e divulgação, nos termos da lei, não se eximem da obrigação de não violar os direitos fundamentais dos seus titulares. Percebam que a mesma Lei que traz a preciosa proteção dos dados do cidadão não traz, por motivos de interesse público, a impossibilidade do Estado de exercer suas atividades com a prática de ações destinadas a consecução de políticas públicas e demais providencias em prol do bem comum.

Sobre a finalidade do tratamento e uso de dados pela Administração Pública, Juliano Maranhão [25] (2020, p. 05) traz que:

Assim, quando o art. 23, §5.º da LGPD fala em fornecer acesso a dados para a administração pública, em primeiro lugar, não se pode com isso entender compartilhar ou transferir bases de dados. Em segundo lugar, nos termos da LGPD, art. 23, caput, esse fornecimento de informação ou acesso deve estar embasado em competência legal específica do órgão da Administração que o receberá, de modo que seja possível realizar o controle de finalidade. É fundamental que a

[24] https://epm.tjsp.jus.br/Noticias/noticia/58730?pagina=32 <acesso em 21 de dezembro de 2021>.

[25] MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. Proteção de Dados e Registro Imobiliário. Parecer. Boletim Irib em Revista. LGPD: Parecer, Provimento CGJSP e Portaria CNJ. São Paulo, n. 362, p. 5-44, dez. 2020. ISSN 1677-437X.

finalidade de uso esteja especificada na legislação de regência que embasa o acesso, ou caso a autorização seja genérica, que o agente público do órgão solicitante especifique a finalidade que, obviamente, deve ser condizente com sua competência e com os objetivos da Lei que autoriza o acesso.

Com isso, podemos refletir que a publicidade registral, embora ainda motivo de questionamentos, é plenamente compatível com a LGPD, uma vez que não traz qualquer prejuízo para a tutela dos interesses dos titulares inscritos, visto que esta advém do cumprimento de obrigações legais e regulatórias, dispostas na própria lei, em seu artigo 7.º, inciso II. Entretanto, quando de sua utilização para outros meios, deve-se ser legitimada e especifica, além de ter compatibilidade com o interesse público, legitimado, em especial, na autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos relativos a direitos reais imobiliários, bem como outros direitos com efeitos reais.

Sobre o cumprimento de obrigações legais e regulatórias na publicidade registral, Cíntia Rosa Pereira de Lima [26] (2021) pontua que:

> No entanto, se uma pessoa pede uma certidão em um cartório, ao emitir esta certidão, o cartório estaria compartilhando dados? Entendemos, por se tratar de uma atividade fim dos serviços extrajudiciais, não se trata de uso compartilhado de dados, e sim observância dos deveres estabelecidos pela Lei em observância do princípio da publicidade. Não estando o titular da serventia obrigado a informar quantas certidões e para quem tais certidões foram emitidas. Todavia, ainda que não seja uso compartilhado de dados a expedição de certidão para particular, o titular da serventia extrajudicial deve se acautelar exigindo o requerimento do solicitante e a descrição da finalidade para convergir o princípio da publicidade registral com o princípio da finalidade estabelecido no inc. I do art. 6.º da LGPD.

Sem a intenção de esgotar o assunto, mas sim trazê-lo ao centro da discussão, é necessário que haja, por parte dos oficiais de registro,

[26] https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/354779/publicidade-registral-uma-longa-caminhada-de-um-tema-inesgotavel <acesso em 21 de dezembro de 2021.

uma filtragem quando da publicidade dos atos de registros, em conformidade a Lei n.º 6.015 de 1973. Há vários exemplos de sucesso que contribuem para o entendimento da necessidade da publicidade nos registros (como o provimento n.º 88 do CNJ), em que são fornecidas informações, de modo a promover políticas públicas e que ganham respaldo e conformidade com o quanto estabelecido pela Lei Geral de Proteção de Dados.

6. CONCLUSÃO

Firmados sobre o princípio da publicidade, os serviços de registros encontram na publicidade respaldo legal para a disponibilização de informações indispensáveis ao bom desenvolver do mercado de imóveis, visto que desta publicidade surge a oponibilidade erga omnes dos direitos inscritos e do controle e disponibilidade dos imóveis.

Em que pese a importância das serventias extrajudiciais e sua atuação de forma online, a publicidade, nos casos do Registro de Imóveis, atual por meio de certidões, que passam pelo crivo do registrador que, com capacidade técnica, filtra os dados que podem e devem ser publicizados. É evidente, ainda, que os registros de imóveis devem prestar informações ao poder público, observado o quanto tratado pela Lei n.º 11.977/2009, que dita sobre a disponibilização de informações por meio eletrônico aos poderes executivos e judiciais.

É notória a relevância que possui a certidão imobiliária para o sistema registral, tendo em vista que é a partir dela que efetivamente podemos ter conhecimento do conteúdo dos registros, ou seja, do status jurídico dos bem imóvel, inclusive de eventual discrepância entre este e a realidade extrarregistral, bem como é a certidão que concretiza e possibilita a publicidade material, sendo a sua espécie mais adequada e que lhe outorga maior segurança a certidão de inteiro teor através do meio reprográfico.

É o art. 17 da Lei dos Registros Públicos que determina que "qualquer pessoa pode requerer certidão do registro sem informar ao oficial ou ao funcionário o motivo ou interesse do pedido." Além disso, o art. 16, §1.º da mesma Lei impõe aos oficiais a obrigação de lavrar certidões do que lhes for requerido.

Muito embora os atos sejam públicos como regra, tal publicidade deve guardar correlação com a sua finalidade e com as normas que o regulamentam, o que apresenta diferença de tratamento conforme o ato registrado. É ainda desejado que se traga que nos atos realizados subsiste um rol de informações públicas que devem ou não constar no documento emitido acerca do titular do dado pessoal e, com isso, observa-se que subsistem averbações ou retificações que alteram o teor dos atos, mas que não devem constar em sua inteireza no documento, sob pena de ferir os direitos de personalidade do cidadão, agora também salvaguardados na LGPD.

Em sentido jurídico estrito, pode-se dizer que a publicidade registral não significa que a publicação será indiscriminada, o livre acesso e consulta pelos interessados ou disseminação dos dados, mas sim que a fé pública reveste o Registro. Sobre o acesso público aos dados registrais, é necessário expor que será realizado pelo mecanismo de cognoscibilidade, que também tem sentido normativo. A lavratura de certidões não tem como objetivo veicular informações, e sim, produzir meio de prova.

No que se diz à atividade dos oficiais de registro, entendemos que esta não pode ser confundida com a atividade administrativa cadastral de sistematização e disponibilização de dados. É importante salientar que os dados pessoais obtidos por documentos sob controle de serventias não são públicos no sentido de *res nullius,* nem são propriedades do Estado. A titularidade desses dados pertence unicamente ao sujeito qual inscrição se refere.

Não há o que se dizer também a respeito do interesse público no que tange aos dados pessoais guardados pela serventia. O interesse público reside na atividade registral e no processamento de dados realizados pelo oficial de registro. Por ser dotado de autoridade, o oficial confere segurança ao tráfico de imóveis e ao crédito imobiliário. Sabemos que o oficial de registro tem o dever legal e ético de guardar sigilo profissional, sobre as informações a que tem acesso no seu exercício profissional e específico de conservar funcionalmente os documentos físicos e eletrônicos. Por fim, a solução constitucional de delegação da função pública registral ao indivíduo, independente em relação ao Poder Estatal, mostra que ele detém uma garantia republicana que se reforça no que se diz à proteção dos dados pessoais sob tutela de registro e proteção, contra o próprio Estado.

Em observância ao próprio artigo 17 da Lei de Registros Públicos, no caso de uma pessoa solicitar uma certidão em cartório, este não estaria compartilhando dados, mas tão somente observação do quanto estabelecido em lei, em respeito à publicidade norteadora da atividade. Entretanto, é necessária cautela do registrador, exigindo o quanto for necessário para estar de acordo com o princípio trazido pelo artigo 6.º, I da LGPD.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em 21 de dezembro de 2021

BRASIL. Lei n.º 8935 de 1994. Lei dos Cartórios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm>

BRANDELLI, LEONARDO, *Teoria geral do direito notarial*. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.195

——, "Publicidade registral imobiliária: uma breve análise da eficácia dos direitos reais e obrigacionais", *Direito Civil e Registro de Imóveis*. São Paulo: Método. 2007

CASSERATTI, CHRISTIANO, *Separação, Divórcio e Inventário por Escritura Pública. Teoria e Prática*. 3. Ed. São Paulo: Método, 2008

COSTA JUNIOR, FRANCISCO JOSÉ DE ALMEIDA PRADO FERRAZ, *Princípio da Publicidade*. In KERN, Marinho Dembinski

——, "Princípios do Registro de Imóveis Brasileiro". Alberto Gentil de Almeida Pedroso (Coord.). *Coleção Direito Imobiliário*. vol. II. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020

CRISTÓBAL MONTES, ANGEL, *Direito Imobiliário Registral*. Tradução de Francisco Tost. Porto Alegre: IRIB, 2005

CENEVIVA, WALTER, *Lei dos Notários e dos Registradores Comentada*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

GORETTI, RICARDO, *Mediação e Acesso à Justiça*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 67

JACOMINO, SÉRGIO, LGPD e o Registro de Imóveis — informação à CGJSP, https://cartorios.org/2020/07/09/lgpd-e-o-registro-de-imoveis-informacao-a-cgjsp/ <acesso em 29 de dezembro de 2021>

KÜMPEL, VITOR FREDERICO, *Histórico da Lei n.º 11.441/2007 e a Incorporação de seus Institutos pelo Código de Processo Civil de 2015. DEL GUÉRCIO NETO, Arthur et. al. Homenagem aos 10 anos da Lei Federal n.º 11.441/2007 em 10 artigos*. 1.º ed. — São Paulo: YK Editora, 2017. p. 197

KÜMPEL, VITOR FREDERICO ET AL., *Tratado Notarial e Registral*. vol. 5. 1. ed. São Paulo: YK Editora, 2020

LIMA, CÍNTIA ROSA PEREIRA DE E MARILIA OSTINI AYELLO ALVES DE LIMA, *Proteção de dados pessoais e publicidade registral: uma longa caminhada de um tema inesgotável*. https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/354779/publicidade-registral-uma-longa-caminhada-de-um-tema-inesgotavel <acesso em 29 de dezembro de 2021>

LIMA, LUCAS ALMEIDA DE LOPES, *A Atividade Notarial e Registral e sua Natureza Jurídica. Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 19 ago. 2011. Disponível em: Acesso em: 21 de dezembro de 2021..http://www.conteudojuridico.com.br/art.,a-atividade — notarial-e-registral-e-sua-natureza-juridica, 33077.html

MARANHÃO, JULIANO SOUZA DE ALBUQUERQUE, "Proteção de Dados e Registro Imobiliário. Parecer". *Boletim Irib em Revista*. LGPD: Parecer, Provimento CGJSP e Portaria CNJ. São Paulo, n. 362, p. 5-44, dez. 2020. ISSN 1677-437X

MELO, MARCELO AUGUSTO SANTANA DE, *Teoria Geral do Registro de Imóveis: Estrutura e Função*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016

MIRANDA, CALEB MATHEUS RIBEIRO DE, "Publicidade Registral: Considerações sobre a qualificação e a especialidade dos pedidos de publicidade". *Revista de Direito Imobiliário*, v. 88, ano 43, p. 207-225, jan-jun. 2020. São Paulo: ed. RT

NALINI, JOSÉ RENATO, *Empreendedores. Uni-vos!* http://www.cawdialogos.com.br/empreendedores-uni-vos-2/ <acesso em 21 de dezembro de 2021>

NOBRE, FRANCISCO JOSÉ BARBOSA, *Manual da Usucapião Extrajudicial: De Acordo com a Lei n.º 13.465/2017, Incluindo Comentários ao Provimento n.º 65/2017 do CNJ*. 1 ed. Ananindeua: Itacaiúnas, 2018. p. 49-50

OLIVEIRA, MARCELO SALAROLI DE, *Publicidade Registral Imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 2010

PASSARELLI, LUCIANO LOPES, "Responsabilidade civil do adquirente de bem imóvel que não registra seu título". *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 68. p. 9-61. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2010

SARLET, INGO WOLFGANG, "Fundamentos Constitucionais: O Direito Fundamental à Proteção de Dados". In: *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*, Laura Schertel Mendes; Danilo Doneda; Ingo Wolfgang Sarlet; Otavio Luiz Jr. Rodrigues; Bruno Bioni. Rio de Janeiro: Forense, 2021

WIMMER, MIRIAM, "O regime jurídico do tratamento de dados pessoais pelo Poder Público". In: *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*, Laura Schertel Mendes; Danilo Doneda; Ingo Wolfgang Sarlet; Otavio Luiz Jr.Rodrigues; Bruno Bioni. Rio de Janeiro: Forense, 2021

ÍNDICE

PREFÁCIO 7
Mónica Jardim

PROLOGO LIBRO HOMENAJE SÉRGIO JACOMINO 11
Alfonso Candau

•

CONSIDERAÇÕES SOBRE A FUNÇÃO DO REGISTRADOR IMOBILIÁRIO 15
Ademar Fioranelli / Ulysses Silva

E-JUSTICE E TRANSACÇÕES IMOBILIÁRIAS INTERNACIONAIS NA UNIÃO EUROPEIA 23
Afonso Patrão

AVERBAÇÃO DA SERVIDÃO AMBIENTAL E PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE 45
Caleb Matheus Ribeiro de Miranda

¿DEBERÍAMOS REVISAR EL CARÁCTER DE LA INSCRIPCIÓN? 61
Diego Vigil de Quiñones Otero

RENÚNCIA À CONDIÇÃO DE HERDEIRO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS A ATUAÇÃO NOTARIAL NA LAVRATURA DOS PACTOS ANTENUPCIAIS NO CONTEXTO LEGISLATIVO ATUAL E SEUS REFLEXOS NO REGISTRO IMOBILIÁRIO 81
Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza

EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL PERUANO 115
Elena Rosa Vásquez Torres

REAL ESTATE ENTITLEMENTS AND GRAPHIC IDENTIFICATION DIFFERENT WAYS OF IMMOVABLE PROPERTY RIGHTS REGISTRIES AND CADASTRES INTERACTION — INTRODUCTION TO STATE OF PLAY 145
Fernando P. Méndez

ANTEVÉSPERAS DOS REGISTROS IMOBILIÁRIOS. UM PASSEIO HISTÓRICO ÀS FONTES ROMANOEGÍPCIAS 173
Ivan Jacopetti do Lago

O CONTRATO DE BARTER E AS CÉDULAS DE PRODUTO RURAL 195
Izaías Gomes Ferro Júnior

CADASTRO E REGISTRO NO PLANO DA TEORIA DA LINGUAGEM. UMA ANÁLISE DO PROJETO 3.876/2015 PARA UM CADASTRO URBANO MULTIFINALITÁRIO 229
Lorruane Matuszewski

APUNTES SOBRE LA HIPOTECA (PERÚ) 265
Luis Alberto Aliaga Huaripata

GESTLEGAL

O REGISTO PREDIAL ALGUMAS VARIAÇÕES DO PENSAR 279
Madalena Teixeira

ALIENAÇÃO EM GARANTIA, TAXATIVIDADE E PACTO COMISSÓRIO NO DIREITO PORTUGUÊS 301
Margarida Costa Andrade

LA FORMACIÓN COMO PRESUPUESTO DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL 327
María Elena García Flores

BREVES NOTAS SOBRE A ADMISSIBILIDADE DE ABANDONO E DA RENÚNCIA ABDICATIVA DO DIREITO DE PROPRIEDADE SOBRE IMÓVEIS EM PORTUGAL 337
Mónica Jardim

LUZES DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM SOBRE O PROBLEMA DO TRATAMENTO REGISTRAL DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO..... 373
Rafael Vale e Reis

PUBLICIDADE REGISTRAL E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS 389
Rachel Leticia Curcio Ximenes de Lima Almeida / Tiago de Lima Almeida

GESTLEGAL

www.gestlegal.pt • editora@gestlegal.pt

JASÉ

9 789898 951960